

الوسيط
في
شرح القانون المدني

(١)

نظرية
الالتزام بوجه عام

مصادر الالتزام

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلوميه من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

الطبعة الثانية

أضاف في حواشيها ما جد بعد الطبعة الأولى من فقه وقضاء

الدكتور عبد الباسط جميعي
أستاذ بكلية حقوق عين شمس

مصطفى محمد الفقي
رئيس محكمة

دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت
١٩٦٤

المطبعة العالمية ١٦ و ١٧ ش ضريح سعد بالقاهرة

تصدير

للطبعة الثانية

نفدت الطبعة الأولى من هذا الجزء الأول من الوسيط منذ مدة طويلة . فكنت بين أن أعيد طبعه فأنقطع عن متابعة إصدار ما بقى من أجزاء الوسيط ، وبين أن أتريث حتى أتم جميع الأجزاء ثم أشرع بعد ذلك فى إعادة طبعها .

فشق على نفسى كل من الأمرين ، ورأيت مخرجاً منهما فيما أقدمه اليوم للقراء : الطبعة الثانية من الجزء الأول منقولة عن الطبعة الأولى فى متنها وحواشيها مع تعديلات يسيرة ، ومضافاً إليها فى الحواشى — بين قوسين — ما جدّ بعد الطبعة الأولى من فقه وقضاء.

وقد تقدمت فى ذلك إلى صديقىّ الأستاذين عبد الباسط جميعى ومصطفى محمد الفقى ، فقبلا مشكورَيْن أن يقوما بكتابة ما أضيف إلى الحواشى بين القوسين من الفقه والقضاء . فحملا عنى هذا العمل ، وأفسحا بذلك لى الوقت فى متابعة ما أنا آخذ فيه من إصدار الأجزاء الباقية من الوسيط .

فأرجو أن يجد القراء ما يستكملون به حلقات هذه السلسلة من الوسيط فى هذه الطبعة الثانية ، وقد سايرت الزمن فاستكملت الإشارة — من حيث وقفت الطبعة الأولى — إلى ما صدر فى مصر بعد ذلك من مؤلفات الفقهاء وأحكام القضاء .

عبد الرزاق أحمد السنهوري

كلمة افتتاحية

(صدرت بها الطبعة الأولى)

هذا هو الوسيط أقدمه بين يدى رجال القانون أقوى ما أكون أملاً فى أن يملأ فراغاً وأن يسد حاجة . وقد اعتزمت فيه بمشيئة الله أن أشرح القانون المدنى الجديد .

والوسيط هو الوسط ما بين الوجيز والمبسوط . ولئن جعل الله فى العمر بقية ، وأمدنى بعون من عنده ، أخرجت بعد الوسيط الوجيز ، ثم استعنت برفقة من زملائى فى إخراج المبسوط . فتتم بذلك حلقات ثلاث ، ينتظمها عقد واحد . والوسيط هو واسطة هذا العقد . تجمله فيصبح وجيزاً . وتفصله فيصير مبسوطاً . ومن أجل ذلك اخترت أن أبدأ به . فهو أوفى من الوجيز فى سد حاجات العلم والعمل . وهو أدنى من المبسوط للباحث الذى لا يملك غير وقت محدود .

* * *

وبعد فطابع التقنين المدنى الجديد الاعتدال . فهو يرضى الاستقرار ، ويطاوع التطور . والاستقرار يتمثل فى وصل الحاضر بالماضى . والتطور يتراءى فى تطلع الحاضر إلى المستقبل .

* * *

وإيذاناً بأن الحاضر متصل بالماضى ، عمدت فى هذا الكتاب إلى أمرين :

(أولهما) أننى طفقت أشير إلى القضاء والفقه المصريين فى عهد التقنين المدنى القديم كما لو كانا قد نبتا فى عهد التقنين المدنى الجديد . وتراني أشير إليهما دون أن أشعر القارىء بأن التقنين المدنى قد تغير ، ودون أن أنبه إلى أن القضاء والفقه اللذين أستند إليهما قد قاما فى عهد التقنين المدنى القديم . وأردت بذلك أن أدل على أن ما كان يصلح قضاء وفقهاً فى الماضى لا يزال صالحاً حتى اليوم . فالسلسلة لم تنقطع حلقاتها ، والعهد الحاضر لا يزال

متصلاً بالعهد الماضى أوثق الاتصال . وتعمدت أن أنقل عن كتابى فى نظرية العقد وعن كتابى الآخر فى النظرية العامة للالتزامات كثيراً مما اشتملا عليه من الآراء الفقهية ومن قضاء المحاكم المصرية ، فى العبارات ذاتها التى وردت فى الكتابين ، بعد توفير ما ينبغى من الملاءمة ليساير الكتاب الجديد أحكام التقنين الجديد . كل ذلك حتى أصل الحاضر بالماضى ، وحتى أثبت من طريق عملى أن الكتاب الذى كان يصلح مرجعاً فى التقنين القديم لا يزال صالحاً فى كثير من نواحيه مرجعاً فى التقنين الجديد . فيتحقق من لا تزال خلجة من الشك تتردد فى نفسه أن التقنين الجديد لم يؤذن بثورة ، ولم يحدث انقلاباً . وإذا كنت قد رجعت عن بعض الآراء الفقهية التى سبق لى أن اعتنقتها فى الكتابين اللذين أسلفت ذكرهما ، فتلك سنة العقل البشرى ، لا يقيم على خطة واحدة من النظر . فهو لا يستطيع أن يستوعب الحقائق مطلقة . ويدرك اليوم ما لم يكن بقادر على إدراكه بالأمس .

ولما كان التقنين الجديد — فيما استحدث من النصوص والأحكام — لا يزال بكراً لم يرد فيه قضاء أو فقه ، فقد استعضت عنهما بما نقلت من الأعمال التحضيرية . فأرخت كل نص من نصوص التقنين الجديد مذ كان النص فى المشروع التمهيدى ، متعقباً إياه وقد انتقل إلى المشروع النهائى ، ثم إلى مجلس النواب ، ثم إلى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، ثم إلى مجلس الشيوخ ، حتى أصبح هو نص التقنين الجديد . ونقلت ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه النصوص . واعتمدت فى كل ذلك على مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد التى أصدرتها وزارة العدل فى أجزاء سبعة .

وكنت إذا ما استحدث التقنين الجديد تغييراً ، أعنى كل العناية بالإشارة إلى هذا التغيير ، فأرسم حدوده ، وأبين مداه ، وأستطرد عند الحاجة إلى بحث سريان الحكم الجديد من حيث الزمان ، فأذكر ما عسى أن يكون للنص المستحدث من أثر رجعى ، وبخاصة ما يكون له من أثر فورى ، وفقاً للنظريات الحديثة .

(والأمر الثانى) أننى جعلت الفقه والقضاء الفرنسيين هما ، من بين سائر النظم القانونية

الأجنبية ، النظام الأجنبي الذى رجعت إليه ، كما كانت الحال فى عهد التقنين المدنى القديم . على أن القضاء الفرنسى لم أشر إليه إلا حيث أتابع التطور التاريخى لبعض المبادىء القانونية ، وإلا حيث أستكمل به القضاء المصرى . وقد تعمدت أن يكون قضاؤنا المصرى هو الأصل الذى يرجع إليه ، فيكون هو القضاء البارز فى جميع نواحى الكتاب ، لا يغنى عنه القضاء الفرنسى ، بل لا يقف إلى جانبه إلا حيث تقوم الحاجة . لم أفعل ذلك زراية بالقضاء الفرنسى أو غضاً من شأنه ، وإلا فهو القضاء الذى نزلنا ضيوفاً فى ساحته الواسعة ، وعشنا زمناً فى رحباته الفسيحة . ولكن آن للضيف أن يعود إلى بيته ، بعد أن أقامه على عمد قوية . والقضاء المصرى فى مدى خمسة وسبعين عاماً قطع شوطاً بعيداً فى طريق التقدم ، حتى أصبح من حقه أن يظفر باستقلاله . وقد صار من الكثرة والتنوع بحيث يجد الباحث فيه لكل مسألة مرجعاً . وبلغ فى الذاتية شأواً أبعد مما بلغ الفقه المصرى . فمن واجبه الآن أن يضطلع بمسئولياته كاملة .

* * *

هذا عن اتصال الحاضر بالماضى . أما عن تطلع الحاضر إلى المستقبل ، فآيته أن التقنين المدنى الجديد يفتتح عهداً جديداً .

يتمثل ذلك فى هذه النهضة التشريعية المباركة التى بدأت منذ سنة ١٩٣٦ ، وقد أرسى أساسها على ماهر (باشا) باللجان التى ألفها لوضع مشروعات للتقنينات الرئيسية ، فناظرت هذه الحركة المثمرة المباركة قرينتها التى نبتت ستين عاماً قبلها وانتهت إلى وضع التقنينات المصرية الحديثة التى قامت عليها حياتنا القانونية ولا تزال تقوم على بعض منها حتى اليوم . فما أشبه الليلة بالبارحة ! لقد دخلت مصر بالأمس ، وفى نهضتها التشريعية الأولى ، عالم القانون الحديث ، نخطت خطوة حاسمة فى مدارج تطورها القانونى . وهى اليوم ، فى نهضتها التشريعية الثانية ، تخطو خطوة حاسمة أخرى ، فتتبوأ مكاناً مستقلا فى الأسرة العالمية للقانون .

وإذا كانت مصر قد استقلت بتشريعها ، فقد آن لها أن تستقل أيضاً بقضائها وبفقهها . وإن هذا العهد الجديد ، الذى افتتحه التقنين المدنى الجديد ، لتعلن فيه مصر أنها قد اعتزمت أن يكون لها قضاء ذاتى وفقه قومى .

هذه هى المرحلة الجديدة التى تخطوها مصر ، وهذه هى الآفاق الجديدة التى تطالع بها رجال القانون فى هذا العهد الجديد .

لقد ظفر التشريع المصرى بالاستقلال فى سنة ١٩٣٧ ، وكانت معاهدة مونتريه هى صك استقلاله . وظفر القضاء المصرى بالتوحيد بعد انقضاء فترة الانتقال وزوال المحاكم المختلطة . فعلى القضاء المصرى تقع تبعات جسيمة ينبغى له أن ينهض بها . وعلى الفقه المصرى أن يكون الرائد للقضاء المصرى ، يمهد له السبيل ، ويعبد له الطريق .

وإذا كان التقنين المدنى الجديد قد اقتبس نصوصاً من بعض المصادر الأجنبية ، فليست هذه ، فى الكثرة الغالبة منها ، غير مصادر استئناس للصياغة . أما الغالبية العظمى من أحكامه فستمدة من أحكام التقنين المدنى القديم ومن المبادىء التى أقرها القضاء المصرى طوال سبعين سنة كاملة .

وقد كتبت منذ ثمانية عشر عاماً فى كتاب «نظرية العقد» : « علينا أولاً أن نمصر الفقه ، فنجعله فقهاً مصرياً خالصاً ، نرى فيه طابع قوميتنا ، ونحس أثر عقليتنا ، ففقهنا حتى اليوم لا يزال ، هو أيضاً ، يحتله الأجنبى ، والاحتلال هنا فرنسى . وهو احتلال ليس بأخف وطأة ، ولا بأقل عنتاً ، من أى احتلال آخر . لا يزال الفقه المصرى يتلمس فى الفقه الفرنسى الهادى المرشد ، لا يكاد يتزحزح عن أفقه ، أو ينحرف عن مسراه ، فهو ظله اللاصق ، وتابعه الأمين . فإذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا ، وأن نفرغه فى جو مصرى ، يشب فيه على قدم مصرية ، وينمو بمقومات ذاتية ، بقى علينا أن نخطو الخطوة الأخيرة ، فنخرج من الدائرة القومية إلى الدائرة العالمية ، ونؤدى قسطاً مما تفرضه علينا

الإنسانية ضريبة فى سبيل تقدم الفقه العالمى ، أو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالقانون المقارن » .

واليوم يسعدنى أن أنقل هنا ما أدليت به أمام اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وهى تنظر مشروع التقنين الجديد : « إن النصوص التشريعية الواردة فى هذا المشروع لها من الكيان الذاتى ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التى أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تبعية فى التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا ، حتى لو كان ممكناً ، لا يكون مرغوباً فيه، فمن المقطوع به أن كل نص تشريعى ينبغى أن يعيش فى البيئة التى يطبق فيها ، ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فينفصل انفصالا تاماً عن المصدر التاريخى الذى أخذ منه ، أياً كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذى يكون لمصر فيه قضاء ذاتى وفقه مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلا عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفى بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص فى صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قومى ، يستند إلى قضاء وفقه لهما من الطابع الذاتى ما يجعل أثرهما ملحوظاً فى التطور العالمى للقانون » .

تطور النصوص فى صميم الحياة القومية : هذه هى مهمة القضاء والفقه فى مصر منذ اليوم . ولا عذر لهما إذا هما تخليا عن هذه التبعة الخطيرة ، وتركا الاجتهاد إلى التقليد .

وإن القانون المصرى الجديد ليؤذن بعهد جديد لا فى مصر فحسب ، بل أيضاً فى البلدين الشقيقين العربيين ، سورية والعراق . ويكفى أن يكون هذا الشرح للقانون المصرى الجديد هو فى الوقت ذاته شرح للقانون السورى الجديد ، فما بين القانونين إلا فروق

طفيفة أشرت إليها فى حواشى هذا الكتاب . وهو أيضاً مرجع أساسى لشرح القانون العراقى الجديد ، فقد قام هذا القانون على مزاج موفق من الفقه الإسلامى والقانون المصرى الجديد . وقد حان الوقت ليتعاون الفقهاء المصريون مع زملائهم فقهاء سورية وفقهاء العراق ، ويتكاتفوا جميعاً لإرساء أساس قوى « للقانون المدنى العربى » . يكون قوامه الفقه الإسلامى ، قانون المستقبل لبلاد العروبة جميعاً * .

وإذا كنا نشعر اليوم بنزعة محمودة إلى تثبيت ذاتيتنا وتأكيد استقلالنا ، بعد أن صلب عودنا وشببنا عن الطوق ، فإن الواجب يقتضينا أن نذكر ذكر المعترف بالفضل والجميل ما نحن مدينون به للفقه الأجنبى ، وبخاصة للفقه الفرنسى . فقد كان هذا الفقه التكئة التى عليها نرتكز ، والنور الذى به نهتدى ، ولا زلنا مغمورين بفيضه حتى اليوم .

***

هذا والكتاب الذى أقدمه اليوم إلى القراء هو من طلائع الشروح للتقنين المدنى الجديد . فلا بد أن يكون بعيداً عن حد الكمال . وما أعجلنى إلى إخراجه إلا علمى بأن الغاية بعيدة ، وأن العمر قصير ، وأن الكمال لله وحده .

وإذا كان هذا الكتاب ليس إلا خطوة متواضعة نحو استقلال الفقه المصرى ، وقد بدت بشائر هذا الاستقلال قبل ذلك فى كتب ورسائل قيمة لزملاء هم فى الذروة من فقه القانون المدنى ، فإنى أرجو أن يكون الكتاب ، فى هذا الحيز المحدود ، قد أوفى بقليل من الغرض ، وملأ شيئاً من الفراغ ، وسد بعضاً من الحاجة .

وبالله المستعان .

أبريل سنة ١٩٥٢

(*) بعد ظهور الطبعة الأولى صدر التقنين المدنى الليبى . وهو أيضاً كأخيه التقنين المدنى السورى لا تكاد توجد فروق بينه وبين التقنين المدنى المصرى .

نظرة
في
التقنين المدني الجديد

كيف وضع، وكيف يكون تفسيره

وما استحدث من أحكام، وما يرسم من اتجاهات عامة

١ — **تنقيح التقنين المدني** : كيف قامت فكرة التنقيح ، وكيف حققت .

٢ — **القواعد التي قام عليها التنقيح** : كيف عولجت عيوب التقنين القديم — مصادر التنقيح وطرق التفسير في التقنين الجديد .

٣ — **الفروق الجوهرية ما بين التقنينين الجديد والقديم** : ما استحدث التقنين الجديد من أحكام . وما قننه وكان معمولاً به من قبل .

٤ — **الاتجاهات العامة للتقنين الجديد** : موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة — التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة .

(١)

تنقيح التقنين المدنى

(كيف قامت فكرة التنقيح ، وكيف حققت)

١ — كيف قامت فكرة التنقيح

١) عيوب التقنين المدنى القديم[(١)]

العيوب الموضوعية :

يكتنف الظروف التى وضع فيها التقنين المدنى القديم شىء من الغموض ، إذ لم يتخلف عنه أعمال تحضيرية تبين لنا كيف وضع ، والظروف التى وضع فيها ، والسياسية التشريعية التى توخيت فى وضعه .

والمعروف أن واضع التقنين المدنى المختلط هو الأستاذ مانورى Manoury . كان محامياً فرنسياً يقيم فى الإسكندرية . واتخذه نوبار باشا أمين سر له . ثم عينه بعد ذلك أمين سر للجنة الدولية التى كانت تدرس مشروع إنشاء المحاكم المختلطة فى مصر ، وعهد إليه فى وضع التقنينات المختلطة فى سنة ١٨٧٢ ، فانتهى من وضعها فى العام التالى (سنة ١٨٧٣).

وقد اقتبس مانورى التقنين المدنى المختلط من التقنين المدنى الفرنسى ، فاختصر هذا التقنين اختصاراً مخلا فى كثير من المواطن . ونقل بعض المسائل عن القضاء الفرنسى وعن التقنين المدنى الإيطالى القديم الذى صدر فى سنة ١٨٦٦ . ولم يغفل الشريعة الإسلامية فنقل عنها بعض الأحكام . وصدر التقنين المدنى المختلط فى ٢٨ من يونية سنه ١٨٧٥ .

---

(١) انظر مقالا لنا نشرناه فى مجلة القانون والاقتصاد (السنة السادسة ، العدد الأول) فى وجوب تنقيح القانون المدنى ، وقد نشر قسم من هذا المقال فى الكتاب الذهبى للعيد الخمسينى للمحاكم الوطنية .

ثم شكلت لجنة من بعض كبار المترجمين — كان فيهم محمد قدرى (باشا) وحسين فخرى (باشا) وبطرس غالى (باشا) — وقامت اللجنة بترجمة هذا التقنين وسائر التقنينات المختلطة إلى اللغة العربية .

وما لبثت حكومة ذلك العهد ، بعد إذ استقرت المحاكم المختلطة ، أن تطلعت إلى إصلاح القضاء الوطنى وتنظيمه على غرار القضاء المختلط . وكان ناظر الحقانية إذ ذاك محمد قدرى باشا . فتألفت فى أواخر سنة ١٨٨٠ لجنة لوضع لائحة لمحاكم وطنية نظامية ، كان من بين أعضائها الأستاذ موريوندو Moriondo وهو محام إيطالى عين قاضياً فى محكمة الإسكندرية المختلطة فى سنة ١٨٧٥ ، وبقى فى القضاء المختلط حتى وصل إلى منصب وكيل محكمة الاستئناف المختلطة ، وتوفى سنة ١٩١١ . وقامت هذه اللجنة بوضع لائحة لترتيب المحاكم الوطنية الجديدة صدرت فى ١٧ من نوفمبر سنة ١٨٨١ . وقام أعضاء اللجنة فى الوقت ذاته بوضع تقنينات لهذه المحاكم ، صيغت كلها على مثال التقنينات المختلطة . وكان من نصيب الأستاذ موريوندو أن يضع التقنين المدنى الوطنى ، فنقله نقلا يكاد يكون حرفياً من التقنين المدنى المختلط . واشترك محمد قدرى باشا مع الأستاذ موريوندو فى وضع هذا التقنين .

ثم شبت الثورة العرابية ، فوقفت حركة الإصلاح القضائى . ولما أخمدت الثورة أعادت الحكومة النظر فى لائحة سنة ١٨٨١ ، وأصدرتها معدلة فى ١٤ من يونيه سنة ١٨٨٣ ، ثم أصدرت التقنين المدنى الوطنى فى ٢٨ من أكتوبر سنة ١٨٨٣ ، فالتقنينات الخمسة الأخرى فى ١٣ من نوفمبر سنة ١٨٨٣ . وقد وضعت هذه التقنينات الوطنية كلها باللغة الفرنسية ، ثم ترجمت إلى اللغة العربية . وقام بالترجمة يوسف وهبه (باشا) مسترشداً بترجمة التقنينات المختلطة التى سبقت الإشارة إليها . وراجعت الترجمة لجنة شكلت لهذا الغرض[1] .

---

(١) انظر فى الإصلاحات القضائية التى تمت فى ذلك العهد : بوريللى بك القاهرة سنة ١٨٩٢ ص =

وقد سجلت قوانين «الإصلاح» المختلطة والوطنية فى تاريخ التقنين المصرى مرحلة تقدم واسعة فى العهد الذى صدرت فيه ، وقضت على كثير من مساوىء الماضى . ولكن البلاد بقيت تسير إلى الأمام ، فتطورت المدنية ، واستدار الزمن ، وتقدم فن التقنين ، وأصبحت مصر لا تقنع اليوم بما كانت تقنع به بالأمس ، وأخذت عيوب هذه التقنينات تظهر شيئاً فشيئاً . وبحسبى أن أشير هنا إشارة موجزة إلى عيوب التقنين المدنى القديم .

وأول ما يعيب هـذا التقنين أنه محض تقليد للتقنين الفرنسى العتيق . فجمع بين عيوب التقليد وعيوب الأصل الذى قلده . والتقنين الفرنسى قد قدم به العهد ، وهو اليوم متخلف عن العصر الذى يعيش فيه قرناً ونصف قرن . وفى خلال هذه الأجيال الطويلة ارتقى التقنين المقـارن إلى مدى جعل التقنين الفرنسى فى الصف الأخير من التقنينات الحديثة . فهناك مسائل ذات خطر كبير نبتت فى العهود الأخيرة ، ونمت وازدهرت فاحتوتها تقنينات القرن العشرين ، ولا نجد لها أثراً فى التقنين الفرنسى ، وقد ولد فى فجر القرن التاسع عشر ، ولا فى تقنيننا المدنى الذى أخذ عنه . فمبدأ التعسف فى استعمال الحق ، ونظرية الاستغلال ، ونظام المؤسسات ، وتنظيم الملكية فى الشيوع ، وعقود التزام المرافق العـامة ، وعقد التأمين ، وحوالة الدين ، والإعسار المدنى ، كل هذه المسـائل الخطيرة لا نعثر على نص واحد فيها لا فى التقنين الأصيل ولا فى التقنين المقلد . وحتى فيما احتواه هذان التقنينان من النظريات والأحكام ، نرى الكثير منها ناقصاً مبتوراً .

= ٢٧ — ٢٩ — دى روزاس فى نظام الامتيازات الأجنبية فى الامبراطورية العثمانية بباريس سنة ١٩٠٥ الجزء الثانى ص ٢٧١ وما بعدها — دى هالتس جزء ١ ص ٧ وما بعدها — عبـد السلام ذهنى بك فى مسئولية الدولة جزء ١ ص ٤٣ وما بعـدها — إميل فيركامر فى القضاء المختلط المصرى واختصاصاته التشريعية ببروكسل سنة ١٩١١ ص ٨ وما بعدها — دى فيه فى اختصاص القضاء المختلط فى مصر بروكسل سنة ١٩٢٦ ص ٩ وما بعـدها — مسينا فى القانون المدنى المصرى المختلط الاسكندرية سنة ١٩٢٧ جزء ١ ص ١٤ ومابعدها — برنتون فى المحاكم المختلطة فى مصر سنة ١٩٣٠ ص ٩ ومابعدها — الكتاب الذهبى للعيد الخمسينى للمحاكم المختلطة — الكتاب الذهبى للعيد الخمسينى للمحاكم الوطنية — فال والدكتور ملش فى القانون التجارى المصرى سنة ١٩٣٣ الجزء الأول ص ١ و ٧ — الدكتور رمزى سيف فى تنازع الاختصاص ما بين المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية القاهرة سنة ١٩٣٨ ص ١٩ وما بعدها .

ويكفى أن نشير إلى أهم نظرية فى القانون المدنى وهى نظرية الالتزام ، وإلى أهم باب فيها وهو باب المصادر ، حتى يظهر بجلاء أن أحكام العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب وردت فى التقنينين غامضة مقتضبة . فلا نجد فى أحكام العقد شيئاً عن النيابة فى التعاقد ، ولا عن الإرادة المنفردة ، ولا عن عقود الإذعان ، ولا عن الدفع بعدم تنفيذ العقد ، ولا عن الحق فى الحبس ، بل نحن لا نجد فى مسألة من أدق مسائل العقد ، وهى مسألة تكوينه ، إلا صمتاً محيراً . فلا نص يبين كيف يصدر الإيجاب ، ومتى يكون ملزماً وإلى أى وقت ، وكيف يقترن به القبول ، ومتى وأين يتم التعاقد فيما بين الغائبين . ولا نجد فى المسئولية التقصيرية إلا عدداً قليلا من النصوص تسكت عن أهم المسائل فى هذه المسئولية . أما فى الإثراء بلا سبب فلا يوجد نص واحد يضع القاعدة العامة فى هذا الموضوع الخطير[1] .

ولم يقتصر التقنين المصرى على نقل عيوب التقنين الفرنسى ، بل زاد عليها عيوباً من عنده . وهو إذا كان قد تجنب عيوب هذا التقنين فى بعض المسائل ، كما فعل فى ترتيبه لمصادر الالتزام وفى عيوب الرضاء والهبة المستترة والتضامن فى المسئولية التقصيرية والمصروفات الفاحشة فى بيع الوفاء وامتياز المقاول من الباطن ، إلا أن ما زاده من العيوب أربى بكثير على ما تجنبه منها .

ففى تقنيننا المدنى القديم فضول واقتضاب . وفيه غموض وتناقض . ثم هو يقع فى كثير من الأخطاء الفاحشة .

أما أن التقنين القديم فيه فضول واقتضاب فيكفى أن نتصفحه لنتبين ذلك فى وضوح .

---

(١) وقد كان التفكير فى تنقيح التقنين المدنى الفرنسى يلقى مقاومة شديدة من بعض الفقهاء ورجال القانون فى فرنسا فى أوائل هذا القرن . ولكن فكرة التنقيح ما لبثت أن اختمرت أمام التقدم العظيم الذى بلغه فن التقنين فى القرن العشرين وأمام قدم التقنين المدنى الفرنسى ووقوفه عن مسايرة التطور . فتقرر تنقيح هذا التقنين تنقيحاً شاملا ، وشكلت لهذا الغرض فى سنة ١٩٤٥ لجنة من كبار رجال القانون فى فرنسا ، وعلى رأسهم عميد كلية الحقوق بجامعة باريس الأستاذ جوليودى لاموراندبير **Julliot de la Morandière** ولا تزال اللجنة ماضية فى عملها .

فهو فى حق الملكية ، أهم الحقوق العينية ، يقتصر على نصين اثنين ، يتحدث فى الثانى منهما عن حق المؤلف ويحيل فيه إلى قانون خاص . وهو مع ذلك يتناول حق الانتفاع ، أقل الحقوق العينية خطراً وأضيقها انتشاراً فى مصر ، فإذا به يفيض فى نصوصه إفاضة لا يفسرها إلا أنه يقلد التقنين الفرنسى تقليداً أعمى ، حيث حق الانتفاع فى فرنسا من الحقوق العينية الواسعة الانتشار بسبب قانون الميراث . ثم هو فى نظرية الالتزام يفيض فى المسائل التى لا حاجة للافاضة فيها كما فعل فى الالتزامات التخييرية والالتزامات التى يكون القانون مصدرها ، ويقتضب فى المسائل التى هى فى أشد الحاجة إلى البيان والتفصيل كما فعل فى تكوين العقد وفى الاشتراط لمصلحة الغير وفى الدعوى البولصية وفى المسئولية التقصيرية وفى الإثراء بلا سبب .

وفى التقنين القديم غموض وتناقض. يتفشى الغموض فى كثير من نصوصه الجوهرية . ويكفى الرجوع إلى النصوص المتعلقة بالدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية والالتزام الطبيعى والشرط الجزائى والمحل والسبب والاشتراط لمصلحة الغير والتضامن وعمل الفضولى والحيازة ، لنتبين أن هذه النصوص قلقة غامضة لا تخلص إلى معنى مستقر ثابت . أما التناقض ما بين أحكام التقنين القديم فهو أمر غير نادر الوقوع . إذ بينما يحمل المشترى تبعة الهلاك فى بيع المثليات قبل التسليم ، نرى البائع هو الذى يحمل هذه التبعة بوجه عام . وقدساير التقنين القديم التقنين الفرنسى فى الأولى ، ونقل عن الشريعة الإسلامية فى الثانية . وبينما لا يجوز للمدين المتضامن أن يتمسك بالمقاصة التى وقعت لغيره من المدينين المتضامنين ، إذا به يجوز له أن يتمسك بها بقدر حصته فى الدين . وفى الوقت الذى يجيز فيه التقنين القديم الاشتراط لمصلحة الغير دون قيد ، إذا به يقرر فى عبارة عامة وفى غير احتراز أن العقود لا تترتب عليها منفعة لغير عاقديها . وينزل بالحد الأقصى للفوائد الاتفاقية إلى ٩ فى المائة ، ولكنه يرتفع به فى عقد القرض إلى ١٢ فى المائة . ولم يسلم التقنين المدنى الوطنى من أن يتناقض فى بعض أحكامه مع التقنين المدنى المختلط . فالتقنين الوطنى يشترط فى حوالة الحق رضاء المدين ، ويكتفى التقنين المختلط بإعلانه . ويبيح التقنين الوطنى بيع

المحصولات قبل أن تنبت ، ويحرم التقنين المختلط هذا البيع . ويجعل التقنين الوطنى أقصى مدة الاسترداد فى بيع الوفاء خمس سنين ، وينقص التقنين المختلط هذه المدة إلى سنتين .

وهناك سلسلة من الأخطاء وقع فيها التقنين القديم ، منها أنه أغفل أهم شرط فى التملك بالتقادم القصير . وهو شرط حسن النية. ونقل أحكام بيع المريض مرض الموت عن الشريعة الإسلامية فوقع فى غلطتين : نظر إلى مال البائع وقت البيع والصحيح أن ينظر إليه وقت الموت . وقضى بأن العبرة بقيمة المبيع والصحيح أن العبرة بالقدر المحابى به . وقرر أحكاماً غريبة فى النفقات نقلها عن القانون الفرنسى وهى تتنافر مع أحكام الشريعة الإسلامية . فجعل الزوجة تنفق على زوجها ، بل تنفق على زوجة أبى زوجها . وذكر أن ملكية المبيع المعين بالنوع تنتقل بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالتعيين . وجعل الشرط الجزائى التزاماً تخييرياً ، والصحيح أنه يخرج من نطاق الالتزامات التخييرية . ورتب على الوفاء مع الحلول أن الدين ينقضى ويحل محله دين جديد ، والصحيح أن الدين يبقى مع انتقاله إلى دائن جديد . وزعم التقنين المدنى المختلط أن القسمة منشئة للحق ، والصحيح أن القسمة كاشفة لا منشئة .

العيوب الشكلية :

وفى التقنين القديم — إلى هذه العيوب الموضوعية — عيوب شكلية ترجع إلى تبويبه وإلى ازدواج لغته . فتبويبه واضح العيوب . إذ هو يجمع فى كتاب أول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية ، وكان الواجب فصل الأموال عن الحقوق العينية ، فالأموال محل للحقوق العينية وللحقوق الشخصية على السواء . ويفصل فى كتابين مستقلين بين نظرية الالتزام والعقود المسماة ، ولا محل لهذا الفصل ، فالعقود المسماة تتصل بنظرية الالتزام أوثق الاتصال . ويخصص كتاباً رابعاً لما يسميه بحقوق الدائنين ، ويخلط فيه بين التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل ، بل هو لا يذكر من التأمينات العينية الرهن الحيازى ويورده دون غيره فى العقود المسماة . ولا يشتمل على باب تمهيدى لمصادر القانون ولتطبيقه فى الزمان والمكان ، ولغير ذلك من المسائل العامة .

وعيوب التبويب التفصيلى لا تقل عن عيوب التبويب العام . فنى الكتاب المخصص للحقوق العينية الأصلية نرى قيود الملكية واردة على أنها حقوق ارتفاق ، ولا نرى أثراً للملكية فى الشيوع ولا للقسمة إلا بعيداً عن هذا الكتاب فى المكان المخصص للشركات وفى قانون المرافعات (م ٦٢١/٧١١ مرافعات) . ونرى قاعدة جوهرية كالقاعدة التى تقضى بأن الحيازة فى المنقول سند الملكية موزعة توزيعاً غريباً بين التملك بالعقد (م ٤٦/٦٨) والتملك بالتقادم (م ٨٦ — ٨٧/١١٥ — ١١٦) وإثبات الحقوق العينية (م ٦٠٧ — ٦٠٨/٧٣٣ — ٧٣٤) . وليس ثمة أثر لأى ترتيب منطقى أو عملى لوحظ فى تسلسل أسباب كسب الملكية . وفى الكتاب الثانى المخصص لنظرية الالتزام نرى نظرية الالتزام فى ذاته مشطورة شطرين توسطت بينهما أبواب ثلاثة خصصت لمصادر الالتزام . فالباب الأول من هذا الكتاب يتناول أثر الالتزام وما يدخل عليه من أوصاف . والباب الثانى يتناول أول مصادر الالتزام وهو العقد . والباب الثالث يخلط بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر . وهما الإثراء بلا سبب والعمل غير المشروع . والباب الرابع يفيض فى المصدر الأخير للالتزام وهو القانون ، مع أن هذا المصدر هو أقل المصادر حاجة إلى الانفراد بباب مستقل ، بله الإفاضة فى نصوصه . ثم يعود الباب الخامس إلى نظرية الالتزام فى ذاته ، فيتناول أسباب انقضائه ويرتبها ترتيباً غير منطقى . ويمضى الباب السادس فى إثبات الالتزام . أما انتقال الالتزام — ولا يعرف القانون القديم منه إلا حوالة الحق دون حوالة الدين — فلا تراه فى هذا الكتاب أصلا ، وإنما تجده منزوياً فى الفصل الأخير من فصول عقد البيع . وفى الكتاب الثالث الذى خصص للعقود المسماة تجد هذه العقود قد وردت واحداً بعد الآخر فى غير ترتيب واضح . فيأتى بعد البيع الإيجار وهو يمزج ما بين إيجار الأشياء وعقد المقاولة وعقد العمل . ثم يرد عقد الشركة فعقد العارية ويمتزج فيه القرض بعارية الاستعمال . وهكذا تتتابع العقود دون ترتيب ، فتخلص من الوديعة إلى الكفالة ، ثم إلى الوكالة ، فالصلح ، فرهن الحيازة ، فالغاروقة ! أما الكتاب الرابع فقد قدمنا أنه مزيج غريب يجمع ما بين حق الدائن العادى فى التنفيذ على أموال مدينه ، ومن ثم ترد إشارة إلى الدعوى البولصية (م ٥٥٦/٦٨٠) ،

والتأمينات العينية ، وهذه لا ترد كاملة ، فالرهن الحيازى يرد فى العقود المسماة كما رأينا ، وقواعد التسجيل القديمة ، وترد تحت عنوان إثبات الحقوق العينية ، ثم أحكام تفصيلية فى دفاتر التسجيل .

وليس الأمر مقصوراً على التبويب العام والتبويب التفصيلى ، فإن الترتيب الداخلى لأحكام كل باب وكل فصل لم يراع فيه تسلسل منطقى أو اعتبار عملى ، ولا حاجة للخوض فى ذلك .

أما ازدواج لغة التقنين القديم فأمره مشهور . وضع هذا التقنين فى الأصل باللغة الفرنسية ، ثم ترجم إلى اللغة العربية ، فكان من ذلك أن وجد أمام المحاكم الوطنية نص أصلى ــ يقابله نص رسمى ، وكثيراً ما يتناقض النصان . مثل ذلك التدليس ، يشترط النص العربى أن يكون صادراً من أحد المتعاقدين ولا يشترط النص الفرنسى ذلك ، والصحيح هو النص الفرنسى ، فقد أراد المشرع المصرى أن يتجنب عيباً فى القانون الفرنسى بأن يجعل التدليس الصادر من الغير كالإكراه الصادر من الغير عيباً فى الرضاء . و إعذار المدين ، يقرر النص العربى أن الإنذار فيه يجب أن يكون رسمياً ولا يتطلب النص الفرنسى ذلك ، والصحيح هنا هو النص العربى . والوفاء مع الحلول ، لا يشير النص العربى فيه إلى دين جديد يحل محل دين قديم ويصرح النص الفرنسى بذلك ، والصحيح هنا أيضاً هو النص العربى . واسترداد الحصة الشائعة ، لا يشترط النص العربى فى الشركاء أن يكونوا أصليين ويشترط ذلك النص الفرنسى ، والصحيح هو النص الفرنسى (١) . فأنت ترى قدر الاضطراب الذى يقع من ازدواج لغة التشريع ومن عدم اضطراد القاعدة فى الأخذ بأى النصين ، فتارة يؤخذ بالنص العربى ، وأخرى بالنص الفرنسى . هذا إلى أن الترجمة العربية ، وهى النص الرسمى ، يقع كثيراً أن تكون ترجمة خاطئة لم تتحر

---

(١) انظر أيضاً فى التقنين الوطنى المادتين ٨٤ و ٨٥ وهما خاصتان بوقف سريان المدة ، والمادة ١٣٤ وهى خاصة بالغلط ، والمادة ٢٧٠ وهى خاصة بتسجيل عقد البيع .

الدقة فيها[1] .

ب) التنقيح الشامل :

هذه هي عيوب التقنين القديم أشرنا إليها في إيجاز لأن الكثير منها معروف . وتقنين على هذا القدر من العيوب لا يجوز التردد في القول بوجوب تنقيحه ، وبتنقيحه تنقيحاً شاملا . فالتنقيح الجزئي لا يجدى في إصلاح عيوب انتشرت في جميع ثنايا التقنين ، وشاعت في كل أجزائه . وقد كان التنقيح الشامل هو المبدأ المقرر في جميع اللجان التي توالت على تنقيح هذا التقنين ، يبرز هذا في وضوح من الرجوع إلى أعمال هذه اللجان ، ومن الرجوع إلى المذكرة الرسمية التي كانت أصلا في تأليف اللجان جميعاً .

والتقنينات متى قدمت ، وطال بها العهد ، واختلف عليها الزمن ، لا يجدى فيها الترقيع . وبحسبك أن تنظر إلى التقنين المدني النمساوي ، وقد وضع في سنة ١٨١٠ ، ثم نقح تنقيحاً جزئياً في أوائل الحرب العالمية الأولى ، تراه رثاً مهلهلا يطالعك فيما بين ثناياه القديمة البالية بقطع مرقعة تلمح فيها الجدة ، فتعجب من هذا الازدواج الغريب ما بين القديم والجديد ، ويفجؤك منه ضروب من المفارقات وانعدام التنسيق والانسجام . وهذا هو السر في عدم انتشاره وجهل الناس به ، مع أنه من أهم التقنينات الجرمانية . ويكفى

---

(١) انظر أمثلة لذلك في التقنين الوطني المواد ٩٤و١٣٤و١٣٥و١٣١و١٤٣و١٦٧و١٩١و٢٠٩ و٢٦٢و٢٦٥و٢٧٠و٣٨٣و٤٩٩و٥٣٨و٥٣٩ (الغموض) — ٨٤و٨٥و٩٥ و ١٣٦ (الخطأ) .

هذا إلى أن النص العربي قد تفشى فيه عدم الدقة في التعبير وركاكة الأسلوب . والأمثلة على ذلك كثيرة فالإلغاء لفظ يراد به البطلان (م٤٨و٥٣و٤٦٠) ، والفعل هو العمل القانوني (م١٤٣) ، والمعاوضة هي المقايضة (م٣٥٦ ومابعدها) ، والميرى هو الدولة (م٩و٣٠و٥٧و٦١٤) ، ووضع اليد هو الاستيلاء (م٤٤) ، وإضافة الملحقات للملك هي الالتصاق (م٤٤) ، والمداين هو الدائن (م٥٣و١٦٤و١٦٨و٤٦٠ و٤٦١) ، والمشارطة هي العقد (م١٢٨و١٣١و١٣٢و١٣٥و١٣٨و١٤١و١٤٢و٣٦٠) ، والملزومية هي الالتزام (م٣٠٢) . ويعبر القانون القديم عن الشيء الذي لا يفترض فيقول : « لا يحكم فيه بالظن » (م١١٤) ويقول : يتحصل ويستحصل بدلا من يحصل (م١١٧و١١٨و١٣١و١٧٦و١٧٩و١٨٧ و٢١٥و٢١٦و٢٨٠و٥٠٤و٥٦٩و٥٩٥و٥٩٦و٥٩٩) ، ويعبر عن السيد يستقدم الخادم استقداماً خاصاً بأن السيد « قد استحضر الخادم بالخصوص » (م٤٠٣) الخ .

أن تقارن بينه وبين التقنينين الجرمانيين الآخرين ، الألمانى والسويسرى ، حتى تتبين أنهما يبزانه كثيراً فى التماسك والانسجام ، وإحكام الحبك ، وكمال الصنعة .

وقد عمد واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى إلى التنقيح الشامل دون التنقيح الجزئى ، فطلعوا على الناس بأثر تشريعى جليل . وهكذا صنع الإيطاليون عند ما نقحوا تقنينهم المدنى فى العهد الأخير ، فجاء تقنينهم شاملا جامعاً . وهذا هو ما اعتزم الفرنسيون أن يصنعوا ، فهم اليوم ينقحون تقنينهم المدنى العتيق تنقيحاً شاملا ، بدأوا العمل فيه منذ سنة ١٩٤٥ — فإذا كان كل من التقنين الإيطالى والتقنين الفرنسى فى هذه الحاجة إلى التنقيح الشامل ، وقد نقح أولهما فعلا وأخذ الثانى طريقه إلى التنقيح ، فما أولى التقنين المصرى بالتنقيح الشامل وهو الذى جمع إلى عيوبه الذاتية عيوب الأصل الذى حاكاه .

والآن وقد تم التنقيح ، واستوى التقنين الجديد متخذاً مكانه بين التقنينات الحديثة ، أيريبك منه أن جاء تنقيحه تنقيحاً شاملا ؟ وهل كان يجدى فيه التنقيح الجزئى ؟ وأين كانت النصوص الجديدة تجد مكانها بين نصوص التقنين القديم ، وهى لا تقل فى العدد عن هذه ، وكلها بين نص واضح الضرورة ونص محقق النفع ؟ ثم أما كان التنقيح الجزئى يفرض بقاء التقنين على تقسيمه القديم بما حواه من عيوب ، وعلى تبويبه الأصلى بما شابه من نقص ، وعلى ترتيبه المعهود بما اعتوره من خلل ! [1] .

---

(١) وقد عرضت « لجنة القانون المدنى » لمجلس الشيوخ لهذه المسألة فى تقريرها القيم الذى رفعته للمجلس فقالت : « ويراعى من ناحية الموضوع أن مدى الإضافة ومبلغ التنقيح فى الأحكام التفصيلية هما العنصران اللذان يتحكمان بصفة قاطعة فى أمر المفاضلة بين الأسلوبين المتقدم ذكرهما (التنقيح الشامل والتنقيح الجزئى) . فالتقنين الحالى لم يضمن إشارة إلى حكم تعاقب التشريعات فى الزمان ، ولم يفرد لتنازع القوانين سوى مواد ثلاث . إحداها تتعلق بالمواريث والثانية بالوصايا والثالثة بالأهلية . ولم يشتمل على قواعد عامة فى شأن الشخصية المعنوية ، ولم يورد أحكاماً عامة أو خاصة فى صدد حوالة الدين أو عقود المقاولات أو التزامات المرافق العامة أو عقد العمل أو الحكر أو إيجار الوقف أو تنظيم الإعسار أو تصفية التركات . وإذا لوحظ أن المواد التى تنظم هذه المسائل يربى عددها فى المشروع على نصف عدد مواد التقنين الحالى القديم وأن الارتباط بينها وبين سائر المسائل التى يتناولها التقنين المدنى لا يسوغ معه استصدار تشريعات خاصة بالنسبة إليها ، رجحت كفة التعديل الشامل على نحو لا سبيل إلى الشك فيه . وثمة موضوعات =

م) الظروف التى نبتت فيها فكرة التنقيح :

نبتت فكرة تنقيح التقنين المدنى منذ عهد بعيد. وقد كان التقنين القديم منذ صدوره محلا لتعديلات جزئية متفرقة[1] .

وألفت لجنة أثناء الحرب العالمية الأولى للنظر فى إلغاء الامتيازات الأجنبية ، وكان فيما فكرت فيه تنقيح القانون المدنى .

= أخرى أجمل التقنين الحالى (القديم) الأحكام المتعلقة بها إجمالا أدخل فى معنى الاقتضاب ، كتكوين العقد والدعوى البولصية والاشتراط لمصلحة الغير والمسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية والحراسة والملكية الشائعة وملكية الطباق ورهن الحيازة وحق الاختصاص . وتفصيل مثل هذه الأحكام على تشعبها لا يجدى فيه أى تعديل جزئى إلا إذا أريد التغاضى عما يلابسها من عيب فى غير حاجة أو مصلحة . والواقع أن الأمر لايتعلق بمجرد التفصيل لزيادة الإيضاح أو إزالة الإبهام ، ولكنه يتصل باستكمال أحكام ترتب على قصورها فى كثير من الأحيان اختلاف المحاكم واضطراب المعاملات . ومن المحقق أن حسم هذا الخلاف من طريق التنويه صراحة بالحكم لا يتيسر مع تعدد الحالات وكثرتها على الوجه الذى تقدمت الإشارة إليه إلا بالتعديل الشامل . وقد رأت اللجنة فضلا عن ذلك أن التعديل الشامل يعين على إعادة تبويب القانون تبويباً منطقياً يبرز نواحى الارتباط والتقابل بين الموضوعات وييسر الجمع بين أطراف مسائل انتثرت أحكامها فى التقنين الحالى دون نظام رغم ما بين أجزائها من وثيق الصلات . فبهذا التعديل الشامل تيسر للمشروع أن ينهج هذا النهج المنطقى المتسق فى التبويب ، وأن يؤصل الأحكام المتعلقة بالحيازة والحق فى الحبس والدفع بعدم التنفيذ والنيابة فى التعاقد وحقوق الارتفاق وحقوق الامتياز . فى ذلك ما يعين على تقريب الأحكام من الأذهان وييسر فقهها وتطبيقها » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢٤ — ١٢٥) .

(١) ومن أقدم هذه التعديلات ما قضى به الأمر العالى الصادر فى ٣ سبتمبر سنة ١٨٩٦ من تحويل حق أصحاب الأطيان الخراجية إلى ملكية تامة . وكذلك الأمر العالى الصادر فى ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٤ بشأن الترع والجسور العمومية والمساقى الخاصة ، وهو قانون مكمل للتقنين المدنى لا معدل له . وصدر فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٢ أمر عال ينقص سعر الفوائد القانونية إلى ٥٪ فى المواد المدنية (وكانت ٧٪) وإلى ٧٪ فى المواد التجارية (وكانت ٩٪) ، ثم صدر مرسوم بقانون فى مارس سنة ١٩٣٨ ينقص سعر الفوائد الاتفاقية إلى ٨٪ مع جواز خفضها إلى ٧٪ بمقتضى مرسوم . وصدر أمر عال فى ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٦ يعدل التقنين المدنى المختلط فيلغى الرهن القضائى ويستعيض عنه بحق الاختصاص ، وصدر فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ (بالنسبة إلى القانون المختلط ، وفى ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ بالنسبة إلى القانون الوطنى) قانون مستقل يعدل أحكام الشفعة — انظر أيضاً دكريتو ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ بتعديل المادة ٧٤١ مختلط الخاصة بقيد الديون الممتازة على العقار ، وقانون رقم ٢٧ سنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٥٤ مختلط الخاصة بحق المجرى والمسيل ، وقانون ١٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ بتعديل المادة ٥٦٨/٦٩٢ الخاصة بالفوائد التى يضمنها قيد الرهن . وصدر قانونان رقم ١٨ ورقم ١٩ سنة ١٩٢٣ لتعديل أحكام التسجيل ، وقانونان رقم ٤٩ ورقم ٥٠ سنة ١٩٢٣ لإبطال بيع الوفاء الذى يخفى رهن حيازة ، وقانون رقم ٤٨ سنة ١٩٣٣ لطرح البحر وأكله ، وقانون رقم ٧٩ سنة ١٩٣٣ لحماية الدائن المرتهن .

على أن التنقيح الشامل لم يكن محلا للتفكير فى تلك العهود . ولكن التطورات العميقة التى ساقتها الحرب العالمية الأولى ما لبث أن جعلت هذه المسألة الخطيرة تطرح على بساط البحث . فناقشها كبار المشتغلين بالقانون المصرى من الأجانب فى ذلك الوقت ، نذكر منهم أربعة : الأستاذ بيولا كازيللى[١] والأستاذ مسينا[٢] والأستاذ والتون[٣] والأستاذ بوابيه[٤] . فكان الأولان من خصوم التنقيح الشامل ، والأخيران من أنصاره[٥] .

وأول تصريح رسمى حاسم فى اعتزام الحكومة تعديل التقنين المدنى والتقنينات الأخرى تعديلا شاملا ورد فى الخطاب الذى ألقاه وزير الحقانية فى عيد الاحتفال الخمسينى بالمحاكم الوطنية فى سنة ١٩٣٣[٦] . وعلى أثر ذلك انطلق الشعور العام الذى كان سائداً فى ذلك الوقت بين رجال القانون من المصريين ، فنادوا بوجوب تنقيح التقنين المدنى تنقيحاً شاملا[٧] .

ثم توالت الأحداث السياسية ، وأخذت الحرب العالمية الثانية تقترب ، ومال الإنجليز إلى عقد معاهدة مع مصر استعداداً لهذه الحرب . وقبل أن تعقد معاهدة سنة ١٩٣٦، توقعت

---

(١) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٩ عدد ٤٢ وسنة ١٩٢١ عدد ٥٧ .

(٢) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٢١ عدد ٥٩ .

(٣) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٦ عدد ٢٦ .

(٤) مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٣٠ ص ٢٧ — ص ٢٩ .

(٥) انظر تفصيل ذلك فى مقال لنا نشر فى مجلة القانون والاقتصاد فى تنقيح القانون المدنى (السنه السادسة العدد الأول) وهو المقال الذى سبقت الإشارة إليه .

(٦) وقد جاء فى هذا الخطاب ما يأتى : « أما من حيث التشريع فإن القوانين التى وضعت عند إنشاء المحاكم الأهلية قد نالها الكثير من التعديل والتهذيب لتكون ملائمة لحالة البلاد وتطورها . وهناك نية فى مراجعتها كلها وتعديل ما يجب تعديله منها حتى تضارع أحسن القوانين فى البلاد المتمدينة ، وستؤلف لجنة خصيصاً لهذا الغرض من رجال خبيرين أكفاء » (انظر الكتاب الذهبى للعيد الخمسينى للمحاكم الوطنية ١ ص ٧)

(٧) وقد عبر المقال الذى نشرناه بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الوطنية فى وجوب تنقيح القانون المدنى عن هذا الشعور ، فجاء فيه ما يأتى : « وإذا كان خصوم التنقيح وأنصاره من الأجانب متأثرين باعتبارات مختلفة ، فنحن نحب أن يكون لمصر صوتها فى هذا الشأن الخطير ، ونعتقد أننا نعبر بأمانة عن رأى المصريين المشتغلين بالقانون إذا قلنا إن التقنين المدنى المصرى فى أشد الحاجة إلى تنقيح شامل جامع » .

الوزارة التى كانت قائمة فى الحكم إذ ذاك — وزارة على ماهر (باشا) — أن هذه المعاهدة لابد أن تعرض للامتيازات الأجنبية ، وأن تقضى بإلغائها . فقدرت بحق أن إلغاء هذه الامتيازات يقتضى تعديل التقنينات المصرية التى وضعت على عجل وقت إنشاء المحاكم المختلطة ، ونقلت نقلا يكاد يكون حرفياً إلى المحاكم الوطنية عند إنشائها . فأخذت للأمر أهبته ، وشكلت لجنتين ، إحداهما لتعديل التقنين المدنى والتقنين التجارى وتقنين المرافعات ، والأخرى لتعديل التقنين الجنائى وتقنين الإجراءات الجنائية .

٢ — كيف حققت فكرة التنقيح

(اللجان التى تعاقبت على تنقيح القانون المدنى)

اللجنة الأولى :

وكل إذن إلى إحدى اللجنتين اللتين أشرنا إليهما تنقيح القانون المدنى تنقيحاً شاملا . وكانت هذه اللجنة برياسة مراد سيد أحمد (باشا) ، وأعضاؤها سبعة غير الرئيس[١] وقد شكلت بقرار من مجلس الوزراء صدر فى أول مارس سنة ١٩٣٦ . وحدد المجلس عامين للجنة لكى تتم فى خلالها أعمالها ، واشترط تفرغ أعضاء اللجنة ومعاونيهم للمهمة التى نيطت بهم تفرغاً تاماً فى نظير مكافآت مالية تعوضهم عن جهودهم .

وعقدت اللجنة الأولى فى المدة ما بين ٢١ من مارس سنة ١٩٣٦ ، تاريخ افتتاح عملها الرسمى ، و ٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ ، تاريخ حلها ، عشر جلسات وزعت فى خلالها العمل على الأعضاء ، وانتهت إلى إقرار بعض النصوص التمهيدية فى القانون المدنى على أساس المشروع الذى تقدم به الأستاذ لينان دى بلفون أحد أعضائها ، وهى تتعلق بمصادر القانون وبتنازع القوانين . وقد استبقى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد من هذه النصوص

(١) وهم صليب سامى (باشا) وموسيو لينان دى بلفون ومستر مرى جراهام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريس دى فيه وموسيو الفريدو اسكولى وعبد الرزاق أحمد السنهورى (باشا) .

أربعة هى المواد الأولى فيه ، وكذلك استبقى مشروعاً قدمه للجنة الأستاذ لينان دى بلفون فى الأشخاص المعنوية والجمعيات والمؤسسات بعد إدخال بعض تعديلات فيه .

ولكن اللجنة الأولى لم تكد تقضى فى عملها شهرين حتى صدر قرار من مجلس الوزراء فى ٢٦ من مايو سنة ١٩٣٦ بحلها اقتصاداً فى النفقات ! وكان ذلك على أثر تغير الوزارة . وقد أنجزت هذه اللجنة — عدا النصوص التمهيدية فى القانون المدنى التى سبقت الإشارة إليها — ما يقرب من ثمانين مادة من القانون التجارى تتعلق كلها بالكمبيالة وأوراق الصرف[1] .

اللجنة الثانية :

وبقى العمل معطلا بعد حل اللجنة الأولى إلى أن صدر فى ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية برياسة كامل صدقى (باشا) ومعه عشرة

---

(١) ورد فى مذكرة لوزير العدل تقدم بها إلى مجلس الوزراء فى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٨ (سنعود إليها فيما يلى) عن هذه اللجنة الأولى ما يأتى : « فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٦ تقدمت وزارة الحقانية إلى مجلس الوزراء بمذكرة نوهت فيها بما تحسه البلاد من تخلف قوانينها المدنية والتجارية عن مسايرة التقدم الاجتماعى ، وبالرغبة المتزايدة فى توحيد التشريعات الأهلية والمختلطة . وأشارت بوجوب تنقيح تلك القوانين وتأليف لجنة خاصة يعهد إليها بهذه المهمة . وقد وافق مجلس الوزراء على هذه المذكرة ، وقرر فى أول مارس سنة ١٩٣٦ تأليف اللجنة التى اقترحتها وزارة الحقانية وأقام نظامها على الأسس الثلاثة الآتية : تحديد مدة للانتهاء من العمل ، وتفرغ الأعضاء وأعوانهم له ، ومكافأتهم على جهودهم . والواقع أن مجلس الوزراء فى هذا العهد كان بصيراً كل البصر بخطر هذا العمل التشريعى وما يقدر لآثاره من الخلود ، وكان مدركا تمام الإدراك أن حرص القائمين به على بلوغ الكمال أو الدنو منه قد يغريهم بعدم التقيد بزمان معين للفراغ من مهمتهم . ولما كانت حاجة البلاد إلى الإصلاح التشريعى قد بلغت فى إلحاحها مبلغاً لا يتيح الإسراف فى الأناة ، فقد حدد قرار مجلس الوزراء عامين للجنة لكى تتم فى خلالهما أعمالها . وإذ كانت هذه المدة قصيرة بالنسبة لجسامة العمل الذى أسند إلى اللجنة ، فقد اتخذت الإجراءات التى تكفل إتمامه على الوجه الأكمل رغم قصر الأجل ، فاشترط أولا تفرغ أعضاء اللجنة ومعاونيهم للمهمة التى نيطت بهم تفرغاً تاماً . لذلك تقرر منعهم من القيام بأعمال وظائفهم الأصلية من طريق الانتداب الكامل ، كما حرم على أصحاب المهن الحرة منهم أن يزاولوا مهنهم . ولما كان هذا العمل يتطلب رغم التفرغ جهداً إضافياً من القائمين به ، فقد قرر مجلس الوزراء منح أعضاء اللجنة وأعوانهم من السكرتيرين الفنيين والإداريين مكافآت مالية تعوضهم عن جهودهم وتحفزهم على الحرص على إتمام العمل فى الأجل المضروب . وعلى هذه الأسس الثلاثة : تحديد الزمن والتفرغ والمكافأة ، تم تشكيل اللجنة ... » .

أعضاء[1] ، على أسس تغاير الأسس التى قامت عليها اللجنة الأولى ، فلم تحدد لنهاية العمل مدة وألغى نظام التفرغ والمكافآت . وقد خرج من اختصاص هذه اللجنة قانون المرافعات المدنية ، وعهد إليها فضلا عن القانون المدنى وقانون التجارة البرى والبحرى ، بوضع قانون الأحوال الشخصية لغير المسلمين .

وعقدت اللجنة الثانية فى المدة ما بين ٢٠ من نوفمبر سنة ١٩٣٦ تاريخ تشكيلها و ٢١ من يونيه سنة ١٩٣٨ تاريخ حلها ما يقرب من عشرين جلسة ، انتهت فيها إلى الموافقة على النصوص التمهيدية والنصوص المتعلقة بالموطن والشفعة والكفالة . وقد استبقى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد من هذه الأعمال النصوص المتعلقة بالشفعة بعد مراجعتها والنصوص المتعلقة بالكفالة بعد إدخال تعديلات جوهرية فيها[2] .

---

(١) وهم صليب سامى (باشا) وعبد الفتاح السيد (بك) ومصطفى الشوربجى (بك) ومحمد فؤاد حسنى (بك) والمستر مرى جراهام ومحمد كامل مرسى (باشا) وموسيو موريس دى فيه وشيفاليه انطونيو بنتا وموسيو ليون باسار وموسيو فان أكر .

(٢) وقد ورد فى مذكرة وزير العدل التى تقدم بها إلى مجلس الوزراء فى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٨ عن هذه اللجنة الثانية ما يأتى : « فى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ قدمت إلى مجلس الوزراء مذكرة أشارت إلى أن لجنة تعديل القوانين المالية والتجارية تكلف الدولة عبئاً مالياً باهظاً ، فهى تكبد الخزانة ما يربو على ٤٨٠٠٠ جنيه . وانتهت إلى وجوب إعادة تشكيل اللجنة على أسس تناقض الأسس الأولى ، فلم تحدد لنهاية العمل مدة ، وألغت نظام التفرغ ، وألغت المكافآت . ثم صدر فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ قرار من مجلس الوزراء بتشكيل اللجنة الثانية .. على أن عقد مقارنة عاجلة بين اللجنتين تتيح الوقوف على عيب الأسس التى قام عليها نظام اللجنة الثانية . ففى حين أن اللجنة الأولى أبدت نشاطاً فذاً فى عملها ، إذ عقدت فى مدة شهرين عشر جلسات أتمت فى خلالها ما يقرب من نصف القانون التجارى فضلا عن بعض نصوص القانون المدنى ، نجد أن اللجنة الثانية بطيئة فى عملها ، لم تعقد فى خلال ما يقرب من عامين إلا عشرين جلسة ، ولم تنته إلا من تعديل أجزاء محدودة من التقنين ، هى النصوص التمهيدية ، والنصوص الخاصة بالموطن . والواقع أن هذا الفارق البعيد لا يرد إلا إلى أن اللجنة الثانية أقيمت على أساس اعتبار مهمة التعديل التشريعية مهمة ثانوية يتولاها الأعضاء فضلا عن أعباء أعمالهم العادية دون مقابل . لذلك لم يتح لها الإكثار من الكفايات الفقهية والكفايات التى توفرت على خبرة خاصة بشؤون التقنين . ثم إن شعور الأعضاء بتفضلهم بذلك العمل لم يكن يتفق مع تحديد فترة معينة يتمون فى خلالها مهمتهم . بيد أن تجربة الأمم التى سبقت مصر فى ميدان التقنين قد دلت على أن هذا العمل يجب أن يحدد له أجل معين ، ويفضل الأجل القصير فى هذه الأحوال ، لأن الروابط الاجتماعية فى تطور مستمر ، فلو أطيل أجل التعديل لقدر له أن يظل متخلفاً عن كل ما يستجد من ظروف الحياة . ولعل الوقوف عند ضرورة تحديد الأجل وقصره يقضى لزاماً إلى وجوب تفرغ من يعهد إليهم بشأن التقنين لهذه المهمة ووجوب توفرهم على ماتتطلبه من كفايات خاصة » .

اللجنة الثالثة والأخيرة :

وفى ١٦ من يونيه سنة ١٩٣٨ تقدم وزير العدل أحمد خشبة (باشا) ـ وكانت الوزارة قد تغيرت ـ بمذكرة إلى مجلس الوزراء أبان فيها أن اتجاه المشتغلين بصناعة التشريع يكشف عن ضعف إيمانهم بصلاحية نظام اللجان للبدء بأعمال التقنين ، كما أن التجربة فى أكثر البلاد تقطع بفسادها وبأفضلية إسناد مهمة وضع التقنين إلى أحد رجال القانون ، حتى إذا فرغ من وضع مشروع تمهيدى طرح هذا المشروع على الرأى العام ، فإذا اجتمعت ملاحظات الأفراد والهيئات عليه عهد به إلى لجنة تتولى مناقشته وتقويم عوجه . واقترح وزير العدل أن يعهد فى وضع المشروع التمهيدى للقانون المدنى إلى اثنين من المشتغلين بالقانون يختار أحدهما من المصريين والآخر من الأجانب ، على أن يتفرغا لعملهما ويتماه فى مدى ستة شهور .

وفى ٢١ من يونيه سنة ١٩٣٨ وافق مجلس الوزراء على ما جاء بمذكرة وزير العدل ، فحلت اللجنة الثانية بهذا القرار . وفى ٢٨ من يونيه سنة ١٩٣٨ أصدر وزير العدل ، تنفيذاً لقرار مجلس الوزراء ، قراراً بإسناد مهمة وضع المشروع التمهيدى للقانون المدنى لاثنين من رجال القانون ، أحدهما الأستاذ إدوار لامبير من أكبر رجال الفقه فى فرنسا ، والثانى مؤلف هذا الكتاب[1] .

وإلى هذا الإجراء الحكيم الذى اتخذه وزير العدل ـ لجنة قليلة العدد لا تجاوز اثنين

---

(١) جاء فى تقرير «لجنة القانون المدنى» لمجلس الشيوخ ما يأتى (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢١) : « ولقد بدأت الجهود فى تعديل القانون المدنى منذ سنة ١٩٣٦ . فنى تلك السنة شكلت أول لجنة . وفى سنة ١٩٣٨ ناطت وزارة العدل (بحضرة صاحب المعالى) عبد الرزاق السنهورى (باشا) مهمة وضع مشروع لتعديل القانون المدنى . وفى سنة ١٩٤٢ تم إعداد المشروع ، وقدمته وزارة العدل إلى رجال القضاء وأساتذة القانون وسائر الهيئات للادلاء بالرأى فيما تضمن من أحكام » . ولم يرد فى التقرير ذكر الأستاذ إدوار لامبير . وإذا كان الفقيه الفرنسى الكبير لم تواته الفرصة أن يقيم فى مصر مدة طويلة ، إلا أنه اشترك اشتراكا جديا فى الأعمال الأولى ، وقام وحده بوضع نصوص الباب التمهيدى ونصوص عقود المقاولة والتزام المرافق العامة والعمل والتأمين . وقام ببقية العمل — فيما عدا ما سيلى بيانه — مؤلف هذا الكتاب .

تتفرغ لعملها تفرغاً تاماً[1] — يرجع الفضل فى إنجاز المشروع التمهيدى فى قرابة عامين ، وقد بلغت مواد هذا المشروع ١٥٩١ مادة ، وتم طبعه فى سنة ١٩٤٢[2] . وعرضته وزارة العدل للاستفتاء على رجال القضاء وأساتذة القانون ومختلف الهيئات القانونية والمالية ، وظل معروضاً للاستفتاء زهاء ثلاث سنوات[3] .

---

(١) وقد عاون اللجنة الدكتور حلمى بهجت بدوى فاشترك فى أعمالها الأولى ، ثم جدت ظروف قطعته عن العمل ، والأستاذان استنويت وساسى اللذان كانا قاضيين بالمحاكم المختلطة ، فوضع الأول منهما المشروع الابتدائى للباب الخاص بإثبات الالتزام وللفصل الخاص بعقد الشركة ، وعاون الثانى فى وضع النصوص الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان .

وتألفت سكرتارية فنية للجنة قوامها : الدكتور سليمان مرقص وقد اشترك فى أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بتقسيم الأشياء وعقود القرض والعارية والوديعة ، والأستاذ عبده محرم (بك) وقد اشترك فى أعمال المراجعة ووضع المشروع الابتدائى للنصوص الخاصة بالحراسة ، والدكتور محمد زهير جرانة وقد وضع المشروع الابتدائى لعقود الصلح والإيراد المؤقت والرهان والمقامرة ، والدكتور شفيق شحاته وقد اشترك فى أعمال المراجعة وبخاصة ما تعلق منها بالفقه الإسلامى . ووضع مشروعاً أولياً للنصوص الخاصة بحوالة الدين الأستاذ محمد صادق فهمى (بك) ، أعادت اللجنة النظر فيه ، وراجعته مراجعة شاملة .

واستعانت اللجنة فى بحث القضاء الوطنى بفريق من قضاة المحاكم الوطنية هم الأساتذة محمد عزمى (بك) وعبده محرم (بك) وأحمد زيد (بك) وعبد العزيز محمد (بك) ونجيب أحمد (بك) .

(٢) وضع مؤلف هذا الكتاب المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى أجزاء أربعة . وقد وضع الجزء الثانى منها الخاص بنظرية الالتزام باللغة الفرنسية حتى يتفهم علماء القانون الأجانب عمل اللجنة فى أهم جزء منه . وترجم هذا الجزء إلى اللغة العربية الدكتور حسن أحمد بغدادى ، كما عاون فى وضع الجزء الأول الخاص بالباب التمهيدى منتفعاً بما تركه الأستاذ لامبير من مذكرات فى هذا الباب .

(٣) أجرت وزارة العدل استفتاء واسعاً فى المشروع التمهيدى ، وأرسلته للادلاء بالرأى فيه إلى محكمة النقض ومحكمة الاستئناف المختلطة والمحاكم الاستئنافية والكلية الوطنية والمختلطة ورجال النيابة الوطنية والمختلطة وأقسام قضايا الحكومة ونقابتى المحامين الوطنيــة والمختلطة وكليتى الحقوق بجامعة فؤاد وجامعة فاروق ومدرسة الحقوق الفرنسية ووزراء ووكلاء وزارة العدل السابقين وبنك مصر والبنك الأهلى والبنك الزراعى وبنك التسليف الزراعى وطائفة من رجال القانون المعروفين منهم الرؤساء والوكلاء السابقون لمحكمة النقض ولإدارة قضايا الحكومة .

وقد درس المشروع فى هذه الهيئات . وأرسل الكثير عن لهم من الآراء فيه . وتقدمت محكمة النقض بملاحظاتها فدرستها « لجنة القانون المدنى » بمجلس الشيوخ . وعنى بدراسة المشروع التمهيدى بنوع خاص محكمة الاستئناف المختلطة برياسة المستشار برنتون ، ومحكمة مصر الكلية الوطنية برياسة الأستاذ أحمد حلمى (بك) ، ومحكمة المنيا الكلية الوطنية برياسة الأستاذ محمد عزمى (بك) .

وتفضل عميد رجال القانون فى مصر الأستاذ الكبير عبد العزيز فهمى (باشا) فعنى بمراجعة جميع نصوص المشروع مراجعة دقيقة شاملة .

وفى ٢٩ من مارس سنة ١٩٤٥ شكلت لجنة برياسة مؤلف هذا الكتاب وعضوية أربعة من رجال القانون(١) ، تعاونها هيئة فنية(٢) ، لمراجعة المشروع فى ضوء ما تم من الاستفتاء وما قدم من الملاحظات . وحدد لها موعد ستة أشهر لإنجاز مهمتها . وقد عقدت لجنة المراجعة هذه أولى جلساتها فى أول أبريل سنة ١٩٤٥ وانتهت من مراجعة المشروع التمهيدى فى ٢١ من نوفمبر سنة ١٩٤٥ .

وأرسل المشروع النهائى إلى مجلس الوزراء فى ٢٢ من نوفمبر سنة ١٩٤٥(٣) ، وهو يشتمل على ١٢٥٣ مادة(٤) ، وصدر مرسوم بعرضه على البرلمان فى ٤ من ديسمبر سنة ١٩٤٥(٥) .

---

(١) هم الشيخ المحترم مصطفى محمود الشوربجى (بك) عضو مجلس الشيوخ والنائب المحترم على السيد أيوب وكيل مجلس النواب والدكتور محمد كامل مرسى (باشا) المستشار بمحكمة النقض والأستاذ سليمان حافظ (بك) المستشار بمحكمة استئناف مصر الوطنية .

(٢) وقد شكلت من الأستاذ عبده محرم (بك) مدير مكتب لجان التشريع بوزارة العدل والدكتور حسن أحمد بغدادى أستاذ القانون المدنى بجامعة فاروق والدكتور سليمان مرقص أستاذ القانون المدنى بجامعة فؤاد والدكتور شفيق شحاته أستاذ القانون المدنى بجامعة فؤاد والأستاذ نصيف زكى (بك) رئيس نيابة استئناف مصر الوطنية .

(٣) أرسله وزير العدل أحمد خشبة (باشا) . ومن المصادفات الطيبة أن يكون هو نفسه وزير العدل الذى شكل فى سنة ١٩٣٨ اللجنة الثالثة ، وهى اللجنة التى أنجزت المشروع .

(٤) وقد راعى واضعو المشروع التمهيدى أن يجعلوا المشروع يشتمل من النصوص على « الحد الأقصى لما يجوز أن يدرج فى تقنين مدنى حديث » حتى يسهل بعد ذلك على لجنة المراجعة ان تحذف من هذه النصوص ما ترى الاستغناء عنه . وصدروا المذكرة الإيضاحية للمشروع بالبيان الآتى :

« يرى واضعو هذا المشروع أن النصوص الواردة فيه هى الحد الأقصى لما يجوز أن يدرج فى تقنين مدنى حديث دون أن يؤخذ عليه إسراف فى التفصيل . على أن ثمة تحفظات بشأن نصوص قد يصح التساؤل عما إذا كان من الأنسب الإبقاء عليها أو حذفها . وإذا كانت هذه النصوص قد أثبتت فى المشروع ، فقد أريد من ذلك إلى إفساح المجال للاختيار ، أو إلى الأخذ بالأحوط ، ولا سيما أن حذف ما لا يؤنس غناء فيه أيسر من إنشاء ما تقتضيه ضرورة » .

وكان من ذلك أن نزلت لجنة المراجعة بالمشروع من ١٥٩١ مادة هى المواد التى كان المشروع التمهيدى يشتمل عليها إلى ١٢٥٣ مادة هى ما خلصت إليه من النصوص فى المشروع النهائى .

(٥) وقد عنيت « لجنة القانون المدنى » بلجنة الشيوخ أن تبرز فى تقريرها نصيب المصريين فى وضع القانون المدنى الجديد ، فقالت : « والآن وقد استردت البلاد سيادتها التشريعية ، وأوشك أن يتقلص آخر ظل من ظلال نظام الامتيازات ، يطيب للجنة أن تعرب عن عظيم اغتباطها بأن يكون القانون المدنى الجديد =

وعرض المشروع على مجلس النواب ، بعد أن أحيل على «لجنة الشؤون التشريعية» برياسة حضرة النائب المحترم على أيوب (بك) وكيل المجلس[1] ، فأقره . وقد استغرق نظره بالمجلس ولجنته التشريعية زهاء ستة شهور ، من ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ إلى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٦[2] .

= تعبيراً مصرياً خالصاً عن هذه السيادة . فهو بعد الدستور أهم تشريع وضعه المصريون أنفسهم . فقد أعد مشروعه فقيه مصرى يشغل مكانة رفيعة بين علماء القانون . وقد أدلى المصريون بالرأى فيه ، وكان هذا الرأى محل تقدير ودراسة . وقد تولت مراجعته لجنة اشترك فيها من رجال الفقه والقضاء والمحاماة فريق من المبرزين ، وهو فى هذه المرحلة الأخيرة يعرض على نواب الأمة وشيوخها للنظر فى أحكامه ، فى ضوء علمهم وخبرتهم بتقاليد البلاد وأوضاعها وحاجاتها. فإذا جاوز هذه المرحلة ، أصبح القانون المدنى «المصرى» حقيقة ونعتاً . وكان للأجيال القادمة أن تعتز به ، وأن تعلم لمجرد العبرة والذكرى أن مصر احتملت على مضض منها تقنيناً معيباً ، ولكنها اجتهدت وجاهدت حتى أخرجت ، بنفسها ولنفسها ، هذا التقنين الجديد» . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٢٢ — ص ١٢٣).

(١) وأعضاء لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب هم حضرات النواب المحترمين أحمد مرسى بدر (بك)، وعزيز مشرقى (بك) ، وعلى الحشخانى (بك) ، ومحمد هاشم (باشا) ، ومحمد شوكت التونى (بك) ، ومحمد توفيق خشبة (بك) ، وعبد المجيد الشرقاوى (بك) ، والدكتور على إبراهيم الرجال (بك) ، ومحمد أمين والى (بك) ، وأحمد محمد بريرى (بك) ، ومصطفى العسال (بك) ، وعبد المنعم أبو زيد (بك) وحسن محمد إسماعيل (بك).

(٢) وقد جاء فى تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب ما يأتى : «بجلسة ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ أحال المجلس مشروع القانون المدنى على لجنة الشؤون التشريعية، وهو أضخم عمل تشريعى قدمته حكومة إلى البرلمان ، ويفوق فى أهميته كل ماعداه من الأعمال التشريعية ، لما له من أثر بالغ فى الحياة العامة فى تنظيم العلاقة بين الأفراد والجماعات . إذ القانون المدنى هو الدعامة الأولى لصرح العدل فى البلاد. لذلك أولت اللجنة مشروع هذا القانون أكبر قسط من عنايتها ، فشكلت من بين أعضائها ثلاث لجان فرعية لدراسته : تولت الأولى بحث الباب التمهيدى والالتزامات ، وتولت الثانية بحث العقود المسماة ، وتولت الثالثة بحث الحقوق العينية . وقد توافرت هذه اللجان الفرعية على دراسة ما وكل إليها بحثه، وعقدت لهذا الغرض عدة اجتماعات، ثم عرضت نتيجة عملها على اللجنة العامة ، التى والت اجتماعاتها حتى انتهت من بحث المشروع بأكمله، فأقرت بعض ما اقترحته اللجان الفرعية من تعديلات ، كما أدخلت على المشروع تعديلات أخرى — وقد شهد اجتماعات اللجان الفرعية والعامة (صاحب العزة) عبده محرم (بك) مدير إدارة المحاكم الوطنية مندوباً عن وزارة العدل ، فلاقت منه معاونة صادقة . كما شهد هذه الاجتماعات (حضرة صاحب السعادة) الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهورى (باشا) وزير المعارف العمومية السابق بصفته — فى مبدأ الأمر — مندوباً عن وزارة العدل . وبعد استقالة الوزارة السابقة دعته اللجنة لمعاونتها طبقاً للمادة ٦١ من اللائحة الداخلية... ولا يسع اللجنة وهى تختم تقريرها إلا أن تسجل الكلمة القيمة التى أدلى بها مندوب الحكومة (الدكتور السنهورى) بعد الانتهاء من بحث المشروع وهى : إن النصوص التشريعية الواردة فى هذا المشروع لها من الكيان الذاتى ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التى أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع =

وأحيل المشروع بعد ذلك إلى مجلس الشيوخ ، فقرر فى ٣ من شهر يونيه سنة ١٩٤٦ إحالته إلى لجنة خاصة سميت لجنة القانون المدنى ، برياسة حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل (باشا) وكيل المجلس[1] . ودرست اللجنة المشروع دراسة مستفيضة مدة عامين ، استمعت فى خلالها إلى كثير من الآراء تقدمت إليها من جهات مختلفة[2] . وأحالت المشروع بعد أن أقرته

= إلى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تبعية فى التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكنا لايكون مرغوباً فيه . فمن المتطوع به أن كل نص تشريعى ينبغى أن يعيش فى البيئة التى يطبق فيها ، ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات ، فينفصل إنفصالا تاماً عن المصدر التاريخى الذى أخذ منه ، أيا كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذى يكون لمصر فيه قضاء ذاتى وفقه مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلا عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفى بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص فى صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيتها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قوى يستند إلى قضاء وفقه لهما من الطابع الذاتى ما يجعل أثرهما ملحوظاً فى التطور العالمى للقانون » . « وترحب اللجنة بهذه الفرصة الطيبة التى ستتاح للقضاء والفقه فى مصر عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، فى أن يجدا المكان الفسيح للاجتهاد والاستنباط ، بعد أن انفك عنهما غل القيد بمتابعة قانون واحد معين فى نصوصه التشريعية وفى قضائه وفقهه ، بل بعد أن أصبحا فى حل ، وقد انفصلت النصوص عن مصادرها من التقيد بمتابعة أى قانون معين . فخرجا بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الفسيح » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٦ و ص ٣٢) .

(١) وأعضاء لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ هم حضرات الشيوخ المحترمين محمد حلمى عيسى (باشا) ومحمد حسن العشماوى (باشا) وأحمد رمزى (بك) وجمال الدين أباظة (بك) ومحمد على علوبة (باشا) وسابا حبشى (باشا) وخيرت راضى (بك) .

(٢) من هذه الآراء ملاحظات تقدم بها بعض حضرات مستشارى محكمة النقض وأساتذة القانون وقد ناقشتها اللجنة طويلا (أنظر تفصيل ذلك فى مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٣٩ — ص ١١٨) . وقد جاء فى محضر الجلسة الثامنة والخمسين للجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ما يأتى : « عرضت اللجنة فى هذا الاجتماع إلى الاعتراضات التى أثارها بعض رجال القانون حول مصادر مشروع القانون المدنى من حيث تفهم أحكامه وتفسيرها وتطبيقها ، وقد رأت اللجنة أنها قد أوفت هذا الموضوع حقه من البحث فى تقريرها الذى رفع إلى المجلس . ولكن رغبة فى زيادة الإيضاح وتأكيد المعنى الذى ذهبت إليه اللجنة فى تقريرها المذكور عهدت إلى حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل (باشا) رئيسها ومقررها أمام المجلس أن يدلى ببيان فى هذا الموضوع الهام أمام المجلس وهو كما يأتى : (أولا) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالى ومن المبادىء التى أقرها القضاء المصرى طوال السبعين سنة الماضية ومطابقة للقواعد القانونية التى جرى عليها القضاء والفقه فى مصر ، وهذا هو المصدر الذى يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استشارة للصياغة وحدها . (ثانياً) إن الأحكام التى اشتقت أصلا من الشريعة الإسلامية يرجع فى تفسيرها إلى أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة ما جاء فى =

إلى مجلس الشيوخ[١] ، فأقره المجلس فى ٢٨ من شهر يونيه سنة ١٩٤٨[٢] . وأحيل ثانية

= المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسميا من مصادر القانون ومن أن للقاضى أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان هناك محل لذلك . (ثالثاً) أما الأحكام القليلة التى اشتقت من تقنينات أجنبية فى موضوعات جديدة مستقلة (المؤسسات . حوالة الدين . ملكية الأسرة . اتحاد الملاك . الإعسار المدنى . تصفية التركات) فقد روعى فى وضعها أن تكون متمشية مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والعادات ، متناسقة مع سائر أحكام المشروع ، وبذلك تكون قد انعزلت عن مصادرها وأصبح لها كيان ذاتى قوامه تساندها مع غيرها من نصوص ، ويرجع فى تفسيرها إلى النصوص ذاتها وما درج عليه القضاء فى مثل هذه الأحوال .

وقد أقرت الحكومة هذا البيان » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١١٦ — ص ١١٧) .

(١) وقد جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ما يأتى (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١١٩) :
« بجلسة ٣ من يونيه سنة ١٩٤٦ أحال المجلس إلى لجنة القانون المدنى مشروع القانون المدنى معدلا على الوجه الذى أقره مجلس النواب . وقد توفرت اللجنة على دراسة هذا المشروع فى ٥٥ جلسة ابتداء من ٧ يناير سنة ١٩٤٧ لغاية ٦ أبريل سنة ١٩٤٨ ، بحضور حضرات (صاحب المعالى) عبد الرزاق السنهورى (باشا) وزير المعارف العمومية و (صاحب العزة) عبده محرم (بك) المستشار بمجلس الدولة والدكتور حسن أحمد بغدادى وكيل كلية الحقوق بجامعة فاروق الأول ، وأفرغت فى تمحيص نصوصه من العناية ما أتاح لها أن تتبين مرامى أحكامه وتتثبت من مسايرتها لأوضاع الحياة وحاجات المتعاملين . وأدخلت من التعديلات ما أوحت به التجارب أو ما درج عليه القضاء أو ما تيسر من أمر المعاملات . ووجدت من الحكومة فى هذه الناحية معاونة تسجل لمندوبيها بالثناء والتقدير . ولم يغب عن اللجنة ما لتعديل القانون المدنى من أثر بالغ فى نطاق المعاملات ونطاق العلوم القانونية بوجه عام ، باعتبار أن هذا القانون هو موطن القواعد الكلية المنظمة لروابط الأفراد وسائر المخاطبين بأحكام القانون الخاص ، ومرجع القواعد التفصيلية المنظمة للشق الأكبر من هذه الروابط ، ولذلك حرصت اللجنة كل الحرص على أن يتناول بحثها كل مايتصل بسياسة التعديل ، ولم يكن رائد اللجنة فى هذا البحث مجرد التفكير النظرى أو التدليل المنطقى . ولم تقتصر فى صدده على ما كان لحضرات الأعضاء المحترمين من آراء ، وإنما عمدت إلى استقصاء الواقع ، واستظهرت جميع الآراء ، وأمعنت النظر فى دليل كل منها ، استرشدت فى ذلك كله بالحقائق المستخلصة من دراسة نصوص المشروع .. »
وقد أشرنا فى أماكن أخرى إلى بعض فقرات من هذا التقرير القيم .

(٢) ومما يذكر لمجلسى النواب والشيوخ بالحمد والتقدير أنهما أقرا المشروع فى يسر بالرغم من أن كلا منهما نظره والدورة البرلمانية تقارب نهايتها ، وقد استطاع كل من المجلسين أن يلائم ما بين إجراءاته الداخلية ومقتضيات النظر فى تقنين طويل ذى صبغة فنية بارزة كالتقنين المدنى ، مما دل على أن برلماننا يملك من المرونة فى العمل ما يجعله صالحاً لمواجهة الأعمال التشريعية وفقاً لطبيعة كل منها . وعندما عرض المشروع على مجلس الشيوخ اقترح ثلاثة من حضرات الشيوخ المحترمين تأجيل نظره للدورة التالية ، ولكن المجلس رفض هذا الاقتراح ، فعجل بهذا التصرف الحكيم إقرار المشروع . ومن غريب المصادفات أن موقف المجلس هذا قد حاكى موقفا مماثلا للريشتاج الألمانى عند نظره التقنين المدنى الألمانى من ١٩ يونيه إلى ٢٦ يونيه سنة ١٨٩٦ ، فقد تقدم بعض الأعضاء عند عرض المشروع الألمانى على المجلس بطلب تأجيل النظر فيه إلى =

إلى مجلس النواب لإقرار التعديلات التى رأى مجلس الشيوخ إدخالهـا ، فأقرها مجلس النواب فى ٥ من شهر يوليه سنة ١٩٤٨ .

وفى ١٦ من شهر يوليه سنة ١٩٤٨ صدر المرسوم بالتصديق عليه وإصداره . ونشر فى الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٩ من شهر يوليه سنة ١٩٤٨ على أن يعمل به إبتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أى من اليوم الذى توحد فيه القضاء المصرى بزوال النظام

= الدورة التالية، فأدرك المجلس خطر هذا التأجيل على التقنين ورفض الطلب، وأقر المشروع فى أيام قلائل (أنظر سالى : مقدمة فى دراسة القانون المدنى الألمانى باريس ١٩٠٤ ص ٣٦ — ص ٣٧) .

هذا وقد قدم المشروع إلى مجلس الشيوخ حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل- وكيل المجلس ورئيس لجنة القانون المدنى به - بخطاب قيم ، ورد فيه ما يأتى :

« فى منتصف أكتوبر من السنة المقبلة يشرق على القضاء المصرى عهد جديد تستكمل فيه البلاد سيادتها القضائية . وبهذا تتحقق لنا أمنية من أعز أمانينا . فنى هذا التاريخ تختتم مصر مرحلة مريرة فى تاريخها ، وتستفتح مرحلة أخرى كريمة ، يحفز المصريين فيها فوزهم بالحق إلى النهوض بتحمل جسيم التبعات وعظيم المسئوليات . وها هى مصر تتخذ الأهبة لمواجهة ما تقتضيه هذه المرحلة ، فتنجز إصلاحات تشريعية ضخمة كانت قد تراخت — مضطرة — فى إنجازها حقبة طويلة من جراء القيود التى كان نظام الامتيازات يفرضها . وفى هذه الدورة تعرض على حضراتكم تشريعات هامة أساسية ، تناولتها يد الإصلاح ، من بينها القانون المدنى . وقد ظل هذا القانون — منذ أن وضع فى سنتى ١٨٧٦ و ١٨٨٣ — على حاله فيما خلا تعديلات جزئية . واليوم يعرض على حضراتكم مشروع تنقيحه . وقد تولى المصريون أنفسهم إعداده وتحضيره ، ويدلى البرلمان بالرأى فيه . وبهذا يكون التقنين المدنى مصرياً فى أسلوبه وصياغته ، مصرياً فى وضعه وغايته . وهل أبلغ من أن يطبق القضاء المصرى — فى الوقت الذى يخلص له فيه السلطان — تشريعاً مصرى الأركان والبنيان فتقترن سيادتنا القضائية بسيادتنا التشريعية ؟ » .

« ومما يجب أن أشير إليه فى هذا المقام أن المشروع المعروض قام على دعامتين رئيسيتين : (الأولى) الاحتفاظ بالصالح من أحكام التقنين القائم لأبعد الحدود ، فما من حكم صالح من هذه الأحكام إلا وأخذ به مع تهذيبه التهذيب الواجب. (الثانية) تقنين ما استقر من المبادىء فى أحكام القضاء المصرى مع ترجيح ما كان منها خليقاً بالرجحان عند اختلاف المحاكم . وعلى هذين الأساسين أقام المشروع أكثر من ثلاثة أرباع القواعد الواردة فيه ، فانتفع بتراث المـاضى وجعل الانتقال من الوضع القديم إلى الوضع الجديد مجرد تطور طبيعى لا يختلف أمره من هذا الوجه عن أى إصلاح يستبدل الخير بالذى هو أدنى فى غير تطرف أو عنف. وعلى هذا النحو لا يقطع المشروع الصلة بين الحاضر والماضى ، وإنما هو ييسر الانتفاع بما استقر من صالح الأحكام فى التقنين الحالى وفى أحكام القضاء ، ويصقلها صقلا يجعلها أقرب منالا وأوضح نهجاً . وقد عمد المشروع فوق ذلك إلى إحكام التلاؤم بين القدر الذى استحدثه من القواعد وبين المبادىء العامة التى ألفها الناس فى التعامل من قبل : وبهذا يسر سبيل الانتفاع من الإصلاح » ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٤١ — ص ١٤٢ وص ١٥٤) .

المختلط ، وبلغ عدد مواده ١١٤٩ مادة[1] .

وفى ٢٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٨ صدر قرار وزير العدل بتشكيل لجنة برياسة الأستاذ سليمان حافظ (بك) وكيل وزارة العدل وعضوية تسعة من رجال القانون[2] لجمع الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد ونشرها على جمهور المشتغلين بالقانون .

وقد أنجزت اللجنة مهمتها ، بعد أن جمعت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى والمحاضر والتقارير المختلفة[3] ، ووزعت ما ورد فى هذه الوثائق على نصوص التقنين .

---

(١) الآن وقد فرغت من عرض المراحل المختلفة التى مر عليها التقنين المدنى الجديد ؛ أنقل كلمة كنت قد ختمت بها مقالى الذى نشرته بمناسبة العيد الخمسينى للمحاكم الوطنية فى وجوب تنقيح القانون المدنى . وهى كلمة كتبتها منذ سبعة أعوام . وما كنت أعلم وقتئذ أن ما رددته أملا يطوف بالنفس سيصبح بعد وقت غير طويل حقيقة واقعة . وهذا ما كتبته فى ختام المقال المشار إليه ؛ أنقله هنا تحية لهؤلاء الذين سبق أن ذكرت أسماءهم ، وقد عاونوا بنشاطهم على إخراج التقنين الجديد :

« على أن كل ماقدمناه ، إذا دل على أن تقنيننا معيب وأن مراجعته ضرورية ، فليس معناه أن المراجعة قد مهدت سبلها ، وأصبح البت فى القيام بها أمراً ميسوراً . فإن الرغبة مهما كانت صادقة فى عمل تقنين هى شىء آخر غير عمل التقنين بالفعل ، وتدل التجارب فى مسائل التقنين على أن الرغبة وحدها لاتغنى شيئاً . بل إن توافر الوسائل الفنية ذاتها لايكفى . فإن التقنين أمر يقوم على النشاط ، وهو روحه الدافعة ، فإذا انعدم هذا النشاط أو فتر ، سار التقنين سيراً بطيئاً ملتوياً ، يتعثر عند كل منعرج ، ويصطدم فى كل عقبة ، وقلما يصل إلى نهاية الطريق . . فهل لمصر أن تؤمل فى عهد نهضتها الحاضرة أن تضم إلى انتصاراتها فى النشاط العلمى والنشاط الاقتصادى انتصاراً جديداً فى النشاط القانونى ، فتعمل على إخراج تقنين مدنى جديد . . أرجو أن يكون ذلك قريباً ... » (مجلة القانون والاقتصاد السنة السادسة ص ١٤٣ — ص ١٤٤) .

(٢) وهم الأستاذ عبده محمد محرم (بك) المستشار بمجلس الدولة والأستاذ محمد أحمد غنيم (بك) مدير إدارة التفتيش القضائى بوزارة العدل والأستاذ بدوى حموده (بك) المدير العام لإدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ مصطفى كامل اسماعيل القاضى بمحكمة الاسكندرية المختلطة والدكتور سليمان مرقص الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والدكتور شفيق شحاته الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول والأستاذ محمد رفعت عضو إدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ أحمد عثمان حمزاوى عضو إدارة التشريع بوزارة العدل والأستاذ يحيى خير الدين سكرتير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ والدكتور على على سليمان الموظف بوزارة العدل .

(٣) وهذه هى الوثائق التى جمعتها اللجنة ووزعتها على نصوص القانون ، فوضعت تحت كل نص ماشتملت عليه هذه الوثائق فى شأن هذا النص :

ووقعت مجموعة الأعمال التحضيرية فى أجزاء سبعة[١] ، هى التى ننقل عنها فى هذا الكتاب ما نرى ضرورة الإشارة إليه من هذه الأعمال[٢].

= ١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى .
٢) محاضر اللجنة التى راجعت المشروع التمهيدى .
٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائى .
٤) تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب .
٥) محاضر جلسات مجلس النواب .
٦) محاضر جلسات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .
٧) تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .
٨) محاضر جلسات مجلس الشيوخ .

وقد أشير إزاء كل نص إلى مايقابله من النصوص فى القانون المدنى القديم وفى بعض التقنينات الحديثة وإلى ماعسى أن يكون قد حذف من نصوص التشريع التمهيدى التى تتصل بهذا النص .

(١) الجزء الأول فى الباب التمهيدى. والجزآن الثانى والثالث فى النظرية العامة للالتزام ، والجزآن الرابع والخامس فى العقود المسماة ، والجزء السادس فى الملكية والحقوق العينية الأصلية ، والجزء السابع فى التأمينات أى الحقوق العينية التبعية .

(٢) هذا وقد أعقب صدور التقنين المدنى الجديد أن ألفت لجنة لمراجعة الترجمة الفرنسية لهذا التقنين ، برياسة الأستاذ سليمان حافظ (بك) وعضوية الأستاذ مصطفى كامل اسماعيل والدكتور سليمان مرقس والدكتور شفيق شحاتة والدكتور على على سليمان : وقد أنجزت هذه اللجنة مهمتها ، ونشرت الترجمة الفرنسية التى راجعتها .

(٢)

القواعد التى قام عليها التنقيح

كيف عولجت عيوب التقنين القديم ـ مصادر التنقيح وطرق التفسير فى التقنين الجديد

١ — كيف عولجت عيوب التقنين القديم

(استعراض عام للتقنين الجديد)

كان الهم الأول لواضعى التقنين الجديد هو أن يعالجوا عيوب التقنين القديم سواء فى الشكل أو فى الموضوع .

١ — كيف عولجت العيوب الشكلية :

رأينا أن التقنين القديم كان معيباً فى تبويبه ، ومعيباً فى ازدواج لغته وضعف أسلوبه . فلننظر كيف عولجت هذه العيوب فى التقنين الجديد .

(أولا) التبويب :

مشتملات التقنين الجديد : كان الأمر الأول الذى نظر فيه واضعو المشروع ، وهم يستفتحون عملهم ، هو أن يبحثوا كيف يكون تقسيم التقنين الجديد ، وكيف يبوب ، وكيف ترتب نصوصه فى كل باب ، وبتعبير آخر : ما هى الخطة plan التى يوضع التقنين الجديد على مقتضاها . وذلك بعد أن وضح أن الخطة التى قام عليها التقنين القديم ، بما تحويه من عيوب وما يشوبها من نقص ، لا تصلح أن يقوم عليها التقنين الجديد .

ولكنهم ما لبثوا أن تبينوا أن هذا السؤال يسبقه سؤال آخر ، هو : أيشتمل التقنين الجديد على كل موضوعات القانون المدنى ، فيحتوى قانون الأسرة كما يحتوى قانون

المعاملات ؟ قامت صعوبات واضحة حالت دون أن يندرج فى التقنين الجديد أحكام الأسرة ، فإن هذه الأحكام ليس مصدرها لحسب الشريعة الإسلامية ، بل إن لها مصادر أخرى دينية ، وهى لم توحد فى كل أجزائها بالنسبة إلى جميع المصريين . وحدت فى أحكام الصغير والمحجور ، ووحدت إلى حد كبير فى أحكام الميراث والوصية ، ولكنها لم توحد فى الزواج والطلاق والنسب . فرأى واضعو المشروع ألا يربكوا التقنين المدنى الجديد بعقبات يتعذر تذليلها ، واعتزموا الاقتصار على أحكام المعاملات . واستظهروا فيما رسموه لأنفسهم من ذلك اتجاهات واضحة بدت فى كثير من التقنينات الحديثة . فهذا التقنين البولونى ، والتقنين اللبنانى ، والتقنين السوفييتى فى المعاملات ، بل والتقنين السويسرى فى الالتزامات ، وكلها من أحدث التقنينات وأشهرها ، لم يندرج فيها قانون الأسرة ، وظل هذا القانون وحده ، أو هو وقانون الحقوق العينية ، منفصلا عن سائر أجزاء القانون المدنى فلا تثريب إذن على واضعى التقنين الجديد إذا هم أبقوا قانون الأسرة منفصلا ، وملابسات هذا القانون معروفة [1] .

قسم عام للتقنين الجديد : وإذ رسم واضعو التقنين الجديد حدود هذا التقنين ومدى ما يشتمل عليه من موضوعات ، برز أمامهم سؤال جديد فرضته سياسة التقسيم والتبويب . فهل يكون للتقنين الجديد قسم عام على غرار هذا القسم الذى اشتمل عليه التقنين الألمانى ، وسايره فيه كثير من التقنينات الحديثة ؟ كان أمام واضعى التقنين الجديد مثلان متعارضان : مثل التقنين الألمانى وما تبعه من تقنينات أخرى ، ومثل التقنين الفرنسى وسائر التقنينات اللاتينية .

فالتقنينات اللاتينية لا تشتمل عادة على قسم عام ، وإنما تجتزىء بفصل تمهيدى قصير

(١) بيد أنه إذا عز أن يجمع تقنين واحد المعاملات والأسرة معاً ، فلا أقل من أن يجتمع شتات قانون الأسرة فى تقنين موحد يقوم إلى جانب التقنين المدنى الجديد . والخطب يسير فى هذا الشأن ، فقد وضع تقنين للميراث ، وآخر للوصية ، وثالث للوقف ، ورابع للولاية على المال ، ولم يبق إلا تقنين خامس للزواج والطلاق والنسب فتتجمع بذلك أجزاء قانون الأسرة ، ويضمها كتاب واحد . والأمل معقود فى أن يكون ذلك قريباً .

يتناول مصادر القانون وبعض قواعد موجزة فى تنازع القوانين أما التقنين الألمانى فقد حوى قسماً عاماً مسهباً اشتمل على مائتين وأربعين نصاً تناول فيها كثيراً من الموضوعات العامة ، وخصص كثيراً من هذه النصوص لنظرية التصرف القانونى (acte juridique) فعرض فيها لتفصيلات كثيرة مما يندرج عادة فى النصوص الخاصة بالعقد . وكذلك فعل التقنين الصينى ، وقد اشتمل قسمه العام على ١٥٢ مادة . وحذا حذو التقنين الألمانى التقنين الأرجنتينى (٣٣١ مادة) والتقنين البرازيلى (١٧٤ مادة) وتقنين السوفييت (٥١ مادة) . وهذه التقنينات جميعها تناولت فى هذا القسم العام جانباً من المسائل العامة كمصدر القانون والتعسف فى استعمال الحق والشخص الطبيعى والشخص المعنوى وتقسيم الأموال ، وأضافت إلى ذلك نصوصاً كثيرة فى نظرية التصرف القانونى .

لم يتردد واضعو التقنين الجديد طويلا بين هذين المثالين . فقد رأوا أن مثل التقنينات اللاتينية من حيث الاكتفاء بفصل قصير فى الأحكام العامة لم يعد هو المثل المتبع فى التقنينات الحديثة . ولكنهم لم يأخذوا بمثل التقنين الألمانى كاملا ، ولم يدرجوا فى القسم العام نصوصاً تتناول أحكام التصرف القانونى . فإن أصلح مكان لهذه النصوص فى تقنين ذى صبغة عملية هو الفصل الذى يخصص للعقد . ذلك أن العقد هو أهم التصرفات القانونية . فإذا ذكرت أحكامه فى القسم العام بعنوان التصرف القانونى ، أصبح واضعو المشروع بين أن يغفلوا هذه الأحكام فى الفصل المخصص للعقد ، فيفقد هذا الفصل أهم الأحكام التى تندرج عادة فيه ، وبين أن يعيدوا ذكرها ، فيكون هذا تكراراً لما سبق . والخطة العملية فى ذلك هو أن تذكر هذه الأحكام فى الفصل المخصص للعقد ، ويحال عليها فيما يخص التصرفات القانونية الأخرى . هكذا فعل تقنين الالتزامات السويسرى ، وقد آثر التقنين الجديد مسايرته فى هذه الخطة العملية الحكيمة[1] .

---

(١) أنظر مع ذلك المشروع الذى يعد لتنقيح التقنين الفرنسى وما دار من مناقشات طويلة حول هذا الموضوع (المجلد الأول من الأعمال التحضيرية لجنة تنقيح التقنين المدنى سنة ١٩٤٥ سنة ١٩٤٦ ص ٩٧ وما بعدها) .

وما كان بعد ذلك من مسائل عامة فقد احتواها الباب التمهيدى للتقنين الجديد . ويشتمل هذا البـاب على ثمانية وثمانين نصاً ، تناولت فى الفصل الأول منها القـانون وتطبيقه ، فعددت مصادر القانون ، وقررت مبدأ التعسف فى استعمال الحق ، وذكرت القواعد الخاصة بتنازع القوانين من حيث الزمان ومن حيث المـكان . وتناولت فى الفصل الثـانى الأشخاص ، ففصلت أحكام الشخص الطبيعى وأحكام الشخص المعنوى بما يندرج فيه من جمعيات ومؤسسات . وخصصت الفصل الثالث لتقسيم الأشياء والأموال.

التقسيم الرئيسى للقانون الجديد : وبعد أن فرغ واضعو التقنين الجديد من تحديد مشتملات الباب التمهيدى ، كان عليهم أن يرسموا للتقنين تقسيماته الرئيسية . وقد توخوا فى هذا التقسيم أن يعالجوا عيوب التقنين القديم . فقد قدمنا :

(أولا) أن التقنين القديم جمع فى الـكتاب الأول بين الأموال والحقوق العينية الأصلية ، وكان الأولى فصل هذه عن تلك ، فإن الأموال تـكون محلا للحقوق العينية والحقوق الشخصية على السواء . وهذا ما فعله التقنين الجديد . فقد وضع تقسيم الأموال فى البـاب التمهيدى ، فهيأ بذلك للفـكرة الصحيحة من أن المـال يصلح محلا للحقوق المالية كافة .

(ثانياً) أن التقنين القديم فصل فى قسمين مستقلين نظرية الالتزام عن العقود المسماة ، ولم يكن هناك محل لهذا الفصل ، فالعقود المسماة إنما هى تطبيق من تطبيقات نظرية الالتزام . وقد توخى التقنين الجديد أن يجمع بين نظرية الالتزام والعقود المسماة فى قسم واحد ، جعله القسم الأول من التقنين . والبدء بنظرية الالتزام فى التقنين الجديد هو خير من البـدء بالحقوق العينية الأصلية فى التقنين القديم . فإن نظرية الالتزام هى مفتاح القـانون المدنى ، بل هى مفتاح القانون بوجه عام . فالبدء بها أمر تستوجبه البداهة ، وتقتضيه طبيعة الأشياء .

(ثالثاً) أن التقنين القديم خلط فى كتابه الرابع ، الذى عنونه بحقوق الدائنين ، بين

التأمينات العينية وإثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل . وقد تجنب التقنين الجديد هذا الخلط ، فترك إثبات الحقوق العينية ودفاتر التسجيل لقانون خاص هو قانون الشهر العقارى ، توقعاً للاصلاح الجوهرى الذى سيتم فى هذا الموضوع بعد إدخال السجل العقارى ، واستبقى من هذه الموضوعات التأمينات العينية ، فجعلها بعنوان الحقوق العينية التبعية فى كتاب رابع ، يجىء بعد الكتاب الثالث فى الحقوق العينية الأصلية . وجمع بين الكتابين فى قسم واحد — هو القسم الثانى — لما بينهما من الصلة الوثيقة . وأورد التأمينات العينية كاملة ، فأدرج فيها رهن الحيازة على خلاف ما فعل التقنين القديم ، وحذف منها الحبس إذ لم يعتبره حقاً عينياً .

ويخلص من ذلك أن التقسيم الرئيسى للتقنين الجديد يفضل كثيراً من ناحية المنطق تقسيم التقنين القديم . فالتقنين الجديد يبدأ بباب تمهيدى . ثم ينقسم إلى قسمين ، أحدهما للحقوق الشخصية ، والثانى للحقوق العينية . ويتجزأ القسم الأول إلى كتابين ، أحدهما لنظرية الالتزام ، والثانى للعقود المسماة . وكذلك يتجزأ القسم الثانى إلى كتابين آخرين ، أحدهما للحقوق العينية الأصلية ، والثانى للحقوق العينية التبعية .

التبويب التفصيلى للتقنين الجديد: وفى تبويب الأقسام الرئيسية ، يفضل التقنين الجديد التقنين القديم .

فالكتاب الأول من التقنين الجديد ، الذى خصص لنظرية الالتزام ، لوحظ فى تبويبه تجنب العيوب التى وقع فيها التقنين القديم . وقد تقدم أن هذا التقنين بدأ بنظرية الالتزام فى ذاته ، ثم تركها ، قبل أن يفرغ منها ، إلى مصادر الالتزام . فتناول العقد ، ثم جمع بين مصدرين مستقلين كان الواجب فصل أحدهما عن الآخر ، هما العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ثم هو ، بعد أن يفرغ من مصادر الالتزام ، يعود إلى نظرية الالتزام فى ذاته، فيتناول أسباب انقضائه ، ويورد هذه الأسباب فى غير ترتيب منطقى ثم يختم نظرية الالتزام بباب مشوش فى طرق إثباته . ويترك انتقال الالتزام — ولا يعرف منه إلا إحدى صورتيه — إلى جهة منزوية فى الفصل الأخير من عقد البيع . أما التقنين

الجديد فيبوب الكتاب الأول فى نظرية الالتزام تبويباً منطقياً عملياً فى وقت واحد ، فيجعل الباب الأول من هذا الكتاب لمصادر الالتزام . ويورد هذه المصادر مرتبة ترتيباً علمياً حديثاً فيبدأ بالعقد ، ويتناول أركانه فآثاره فانحلاله . وينتقل بعد ذلك إلى الإرادة المنفردة[١] فالعمل غير المشروع فالإثراء بلا سبب ، فالقانون . وهو فى كل فصل من هذه الفصول يرتب النصوص ترتيباً تتسلسل الأحكام فيه تسلسلا يمليه المنطق والعمل . ثم يجعل الباب الثانى لآثار الالتزام فيتناول التنفيذ العينى ، والتنفيذ بطريق التعويض ، ويعرض بعد ذلك لما يكفل حقوق الدائنين العاديين ، فيتناول الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ودعوى الصورية والحق فى الحبس والإعسار المدنى . وهذا الباب على ما فى تنسيقه من مشقة ، قد رتبت نصوصه ترتيباً قل أن تجد له نظيراً فى التقنينات الحديثة . ثم يعرض الباب الثالث للأوصاف المعدلة لأثر الالتزام فيتناول الشرط والأجل ثم ينتقل إلى تعدد محل الالتزام فيتكلم فى الالتزام التخييرى والالتزام البدلى ، وإلى تعدد طرفى الالتزام فيتكلم فى التضامن وعدم القابلية للانقسام . ثم يخصص الباب الرابع لانتقال الالتزام ، فيتناول حوالة الحق ثم حوالة الدين ، فيستكمل بذلك نقصاً فى التقنين القديم كان ملحوظاً إذ كان هذا التقنين لا يعرف حوالة الدين . ثم يعرض الباب الخامس لانقضاء الالتزام ، فيرتب أسباب الانقضاء ترتيبا عملياً معقولا . ويختم التقنين الجديد نظرية الالتزام بباب سادس فى إثبات الالتزام[٢] .

والكتاب الثانى من التقنين الجديد خصص للعقود المسماة . وقد قدمنا أن التقنين

---

(١) وسنرى أنه بعد أن حذف نص من المشروع التمهيدى يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً من مصادر الالتزام ، واقتصر المشروع النهائى على حالات معينة ينشأ الالتزام فيها من الإرادة المنفردة ، لم تعد الالتزامات الناشئة من الإرادة المنفردة فى هذه الحالات المعينة إلا التزامات تنشأ بنص فى القانون . وسنرتب على ذلك أن الإرادة المنفردة فى التقنين الجديد ليست مصدراً مستقلا من مصادر الالتزام .

(٢) ولولا رغبة مشروعة فى عدم الابتعاد كثيراً عن التقسيم التقليدى لصح أن يأتى باب إثبات الالتزام عقب الباب الأول الذى تناول مصادر الالتزام . فإن الإثبات إنما يرد على مصدر الالتزام لا على الالتزام ذاته ، ويجب أن يسبق أثر الالتزام وانتقاله وانقضاءه ، ولجاز أن يبدأ الكلام فى إثبات الالتزام بالإقرار فاليمين فالكتابة — وهى أقوى طرق الإثبات — لينتهى بأضعف الطرق وهى البينة والقرائن .

القديم أوردهذه العقود فى غير ترتيب واضح . أما التقنين الجديد فقد بوبها تبويباً تسهل متابعته . فجعل الباب الأول للعقود التى تقع على الملكية ، وتناول فيه البيع فالمقايضة فالهبة فالشركة فالقرض فالصلح . وجعل الباب الثانى للعقود التى تقع على الانتفاع ، وتناول فيه الإيجار فالعارية وجعل الباب الثالث للعقود الواردة على العمل ، وتناول فيه المقاولة والتزام المرافق العامة فعقد العمل فالوكالة فالوديعة فالحراسة . وجعل الباب الرابع لعقود الغرر ، وتناول فيه المقامرة والرهان فالمرتب مدى الحياة فعقد التأمين . وختم أبواب الكتاب الثانى بباب خامس فى عقد الكفالة .

والكتاب الثالث من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية الأصلية . وقد تقدم أن التقنين القديم فى هذا الموضوع خلط بين قيود الملكية وحقوق الارتفاق، ولم يعرض للملكية فى الشيوع ، ولم يراع أى ترتيب منطقى أو عملى فى إيراد أسباب كسب الملكية . أما التقنين الجديد فجعل الباب الأول من هذا الكتاب لحق الملكية . فتكلم فى حق الملكية بوجه عام ، متناولا نطاق هذا الحق ووسائل حمايته والقيود التى ترد عليه مميزاً إياها عن حقوق الارتفاق ، ثم خصص للملكية الشائعة نصوصاً مستفيضة ، وفصل أحكامها تفصيلاً مبيناً ، وانتقل بعد ذلك إلى أسباب كسب الملكية فأوردها فى ترتيب ذى صبغة عملية . فالملكية إما أن تكسب ابتداء بالاستيلاء ، أو تنتقل من مالك إلى آخر . ويكون ذلك تارة بسبب الموت فى الميراث والوصية ، وطوراً ما بين الأحياء فى الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة[1] . وجعل الباب الثانى للحقوق المتفرعة عن حق الملكية ، فتناول هذا الباب حق الانتفاع فحق الحكر ، فحق الارتفاق .

والكتاب الرابع من التقنين الجديد خصص للحقوق العينية التبعية ، وهى التأمينات العينية . فوردت هذه التأمينات فى أبواب أربعة ، الباب الأول فى الرهن الرسمى ، والثانى فى حق الاختصاص ، والثالث فى رهن الحيازة ، والرابع فى حقوق الامتياز .

---

(١) ولولا أن الترتيب ذو صبغة عملية لوجب تقديم العقد وهو عمل قانونى ، على الاستيلاء وهى واقعة مادية .

كل هذا والتقنين الجديد ، فى الترتيب التفصيلى لكل باب من أبوابه ، يجرى ، خلافاً للتقنين القديم ، على نحو من التسلسل المنطقى ومن وضوح الفكرة بحيث يسهل على الباحث أن يدرك ما ينتظم مسائله المتعاقبة من ارتباط وتناسق ، وبحيث تتيسر له متابعته فى غير عناء .

(ثانيا) اللغة والأسلوب :

ولا شك فى أن التقنين الجديد ، فى لغته وفى أسلوبه التشريعى ، أرقى من التقنين القديم . فقد أفاد من رقى لغة القانون وأسلوبه فى مصر طوال سبعين عاماً ، حتى لقد أصبح التقنينان القديم والجديد يمثلان عصرين مختلفين جد الاختلاف فى اللغة وفى الأسلوب .

نضيف إلى ذلك أن التقنين الجديد خلا من عيب ازدواج اللغة . فالنص العربى هو النص الرسمى والنص الأصلى فى وقت معاً .

وبرىء التقنين الجديد من هذا الضعف فى التعبير وهذه الركاكة فى الأسلوب ، اللذين كانا ينزلان بكثير من نصوص التقنين القديم إلى منزلة العامى من الألفاظ . ولم تعد المصطلحات القانونية تضطرب فيه وتتعارض ، بل إن المصطلح القانونى ليرد فى جميع النصوص لفظاً واحداً لا يتبدل ولا يتغير .

٢ — كيف عولجت العيوب الموضوعية :

وقد عالج التقنين الجديد العيوب الموضوعية التى كانت متفشية فى التقنين القديم . فاستحدث أحكاماً جديدة ، واستوفى مسائل ناقصة ، وجمع نصوصاً متناثرة .

استحدث التقنين الجديد أحكاماً كانت تنقص التقنين القديم . من ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث الزمان والمكان ، والشخصية المعنوية وما يتصل بها من تنظيم للجمعيات والمؤسسات ، وحوالة الدين ، والتزام المرافق العامة ، وعقد العمل ، وعقد

التأمين ، وعقد الهبة ، والحكر ، وإيجار الوقف . ويسبق هذا كله فى الأهمية موضوعان جديدان كنا فى أشد الحاجة إليهما ، هما تنظيم الإعسار المدنى وتصفية التركة .

واستوفى التقنين الجديد مسائل كانت فى التقنين القديم شديدة الاقتضاب على ما لها من خطر . من ذلك القواعد المتعلقة بتكوين العقد ، والدعوى البولصية ، والاشتراط لمصلحة الغير ، والمسئولية العقدية ، والمسئولية التقصيرية ، والحراسة ، والملكية الشائعة ، ورهن الحيازة ، وحق الاختصاص .

وجمع التقنين الجديد فى بعض الموضوعات ما تناثر من أحكامها فى جهات متفرقة ، فلم شتاتها ، وعرضها جملة واحدة بحيث يتكشف ما بين أجزائها من صلات وثيقة . من ذلك موضوع الحيازة ، وحقوق الارتفاق ، وحقوق الامتياز ، والحق فى الحبس ، والنيابة فى التعاقد .

ونكتفى هنا بهذه الإشارة . وسنتناول بالتفصيل هذه المسائل عند الكلام فى الفروق الجوهرية ما بين التقنينين الجديد والقديم.

٢ — مصادر التنقيح وطرق التفسير فى القانون الجديد

يعنينا أن نبين هنا المصادر التى استقى منها التنقيح ، وأن نرسم إلى جانب كل مصدر السياسة التى يتوخاها القاضى والفقيه فى تفسير النصوص التى استقيت من هذا المصدر .

ومصادر التنقيح ثلاثة :

(١) أولها وأهمها نصوص التقنين المدنى القديم ، بعد أن هذبت ، وأضيف إليها أحكام القضاء المصرى طوال سبعين سنة ، بقى فيها هذا القضاء يعمل فى تفسير هذه النصوص وتطبيقها . والنصوص التى استقيت من هذا المصدر تكاد تستغرق ثلاثة أرباع التقنين الجديد . ومن ثم نرى أن هذا القانون لم يحدث انقلاباً فى المعاملات المدنية . فلا تزال القواعد المدنية القديمة ، كما بسطها التقنين القديم وقررها القضاء ، هى السائدة فى التقنين الجديد .

(ب) وثانى هذه المصادر هو الفقه الإسلامى . فقد استبقى التقنين الجديد ما أخذ التقنين القديم عن هذا الفقه ، وأضاف مسائل جديدة إلى ما سبق أخذه ..

(جـ) وثالث هذه المصادر هى التقنينات الحديثة . فقد استحدث القانون الجديد موضوعات أخذها عن هذه التقنينات ، واستأنس فى موضوعات أخرى بما تميزت به هذه التقنينات من تقدم فى الصياغة ورقى فى الأسلوب التشريعى . فانتفع إلى مدى بعيد بالتقدم العظيم الذى بلغه فن التقنين المدنى الحديث .

(١) نصوص التقنين المدنى القديم وأحكام القضاء المصرى

أولا — ما الذى استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر :

قدمنا أن نصوص التقنين القديم وأحكام القضاء المصرى هى أهم مصدر استقى منه التقنين الجديد[١] .

وقد هذب التقنين الجديد نصوص التقنين القديم فى بعض النظريات العامة : كالغلط

---

(١) جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى هذا الصدد ما يأتى : «وقد خرجت اللجنة من هذه الدراسة بنتيجتين جوهريتين من الخير إبرازهما قبل الاستطراد فى بيان ما انتهى إليه البحث : (الأولى) أن المشروع لم يخرج على التقاليد التشريعية التى استقرت فى البلاد منذ إدخال نظام التقنينات عند إنشاء المحاكم المختلطة فى سنة ١٨٧٦ والمحاكم الوطنية فى سنة ١٨٨٣ . فهو من هذه الناحية لا يقطع الصلة بين الحاضر والماضى ، ولكنه يتخذ الصالح من أوضاع هذا الماضى أساساً له ويستحدث من الأحكام ما اقتضته ضرورات التطور ، ويعتمد فى ذلك على الثروة التى أسفر عنها اجتهاد القضاء المصرى بوجه خاص ، ويجارى الفقه الإسلامى فى نواح مختلفة ، ويستمد بالقدر الذى يتلاءم مع تلك الأوضاع نصوصاً من أحدث التشريعات الأجنبية . وبهذه المثابة يعتبر المشروع صورة صادقة لتطور الظروف الاجتماعية وللتقدم العلمى الذى بلغه علم القانون فى مصر فى مدى نصف قرن من الزمان . (أما النتيجة الثانية) — وتترتب على النتيجة الأولى — فهى أن تطبيق الأحكام التى استحدثها المشروع ليس من شأنه أن يفضى إلى قلب أوضاع التعامل التى ألفها الناس ، أو أن يخل باستقرار المعاملات . وإنما هو على النقيض من ذلك يسعف هذه الأوضاع بإصلاح طال ترقبه . والواقع أن الحديث من أحكام هذا المشروع قد أحكم التآلف بينه وبين القديم من القواعد الكلية على نحو يجعل انتقال المتعاملين من سلطان القانون القديم إلى سلطان القانون الجديد أمراً يقتضيه التطور الطبيعى للظروف . ثم إن المشروع فى تقنين ما استقر عليه القضاء من مبادىء وفى تدارك أوجه النقص فى التقنين الحالى قد توخى أن يجعل النهج واضحاً أمام المتعاملين ليكفل استقرار المعاملات على أسس صقلتها التجارب ، فرسخت فى النفوس قبل أن تتخذ مكانها فى النصوص المعروضة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ، ص ١١٩ — ١٢٠) .

والسبب والاشتراط لمصلحة الغير والفضالة ، وفى بعض المسائل التفصيلية : كوقت التقادم والبيع فى مرض الموت والغلط فى عقد الصلح .

وقنن التقنين الجديد أحكام القضاء المصرى فى بعض النظريات العامة وفى بعض المسائل التفصيلية كذلك . فمن النظريات العامة التى قننها التعسف فى استعمال الحق ، وتكوين العقد ، والاستغلال ، والحوادث الطارئة ، والالتزام الطبيعى ، والتهديدات المالية ، والصورية ، والملكية الشائعة ، والتصرفات القانونية الصادرة فى مرض الموت ، وشرط عدم التصرف . ومن المسائل التفصيلية وجوب المطالبة القضائية بالفوائد ، والشرط الجزائى ، وتجديد الحساب الجارى ، وتقادم الاستحقاق فى الوقف ، واستمرار الشركة مع القصر ، وضمان المؤجر للعيوب الخفية ، وحريق العين المؤجرة ، وحقوق الجوار ، ورهن الحصة الشائعة .

وقد قدمنا أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد قد استقيت من هذا المصدر إذ أن التقنين الجديد قد أبقى على كل ما هو صالح من مبادىء التقنين القديم ، بعد أن هذب صياغة هذه النصوص ، وأضاف إليها ما انتهى إليه اجتهاد القضاء فى تطبيق هذه المبادىء . وقد أبرزت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ هذا المعنى فى تقريرها إذ تقول : « إن المصادر التى استمد منها المشروع أحكامه هى التقنين الحالى القديم وما صدر فى شأنه من أحكام المحاكم المصرية أولا . وما من نص من نصوص هذا التقنين إلا وأشير إليه فى معرض إيضاح النص المقابل له فى المشروع فى المذكرات الإيضاحية التى قدمتها وزارة العدل ، وما من مبدأ استقر القضاء على الأخذ به فى تفسير هذه النصوص إلا عرضته هذه المذكرات . وهى فى الحالين تنوه بالإبقاء على الحكم الوارد فى النص ، أو بالتعديل الذى آثرت إدخاله على صياغته تمشياً مع أحكام القضاء أو آراء الفقه ، أو بالإضافة التى رأت إثباتها أخذاً بهذه الآراء أو تلك الأحكام . فالمشروع من هذه الناحية قد أبقى على كل ما هو صالح من قواعد التقنين الحالى وإن كان قد هذب صياغتها تهذيباً يتلاءم مع تطور اللغة الاصطلاحية فى مصر وأساليب الصياغة فيها . وهو

بهذه المثابة قد احتفظ بالقواعد العامة التى تضمنها هذا التقنين فى الجملة ، وإضاف إليها ما اجتهد القضاء فى إقراره على أساس هذه المبادىء . فلا هو يقطع الصلة بين الماضى والحاضر ، ولاهو يضيع ثروة القضاء من المبادىء والتقاليد ، وإنمـا هو على النقيض من ذلك يضفى على ما استقر من الأوضاع فى الماضى صبغة جديدة من الإصلاح تبرئه من العيوب التى خالطته ، وتـكفل الانتفاع منه على أمثل وجه »[1] .

ثانياً — كيف تفسر النصوص التى استقيت من القضاء المصرى والتقنين المدنى القديم :

ويعنينا أن نبين هنا فى وضوح أن النصوص التى استقيت من هذا المصدر يجب أن تفسر فى ضوء القضاء والفقه اللذين نشآ فى مصر فى ظل التقنين القديم ، وبذلك يتصل الحاضر بالماضى ، ولا تنقطع سلسلة التطور . وسيرى القارىء أننا نشير فى هذا الـكتاب إلى القضاء المصرى الذى نبت فى عهد التقنين القديم ، مستندين إليه فى تفسير النصوص الجديدة ، كما لو كان هذا القضاء قد صدر فى عهد التقنين الجديد مفسراً لهذه النصوص . بل ولا نتكلف عناء التنبيه إلى أن القضاء الذى نستشهد به إنما هو قضاء قد صدر تطبيقاً للنصوص القديمة ، فإلى هذا الحد انعدمت المغايرة بين القديم والجديد .

ونستعرض أمثلة تبين كيف تفسر نصوص التقنين الجديد بالرجوع إلى القضاء والفقه القديمين ، ونختار توخياً للايجاز أمثلة أربعة ، هى النصوص المتعلقة بالاستغلال ، وبالاشتراط لمصلحة الغير ، وبالتهديد المالى ، وبالشرط الجزائى .

١ — الاستغلال :

كان القضاء المصرى فى ظل التقنين القـديم يقف حائراً أمام ظاهرة اجتماعية كانت فى أشد الحاجة إلى علاج تشريعى . فقد كانت أقضـية ترفع أمامه عن الزوج يبلغ سن

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ١ ، ص ١٢٨ — ١٢٩ .

الشيخوخة ، وينبـذ امرأته الأولى ليتزوج من أخرى يقع تحت سلطانها ، فينزل لها أو لأولاده منها عن كل ماله . وكانت أقضية ترفع أمامه عن الولد يضيق عليه أبوه ، ثم يموت الأب عن مال كثير يطلق الابن يده فيـه فيبدده ، والمرابون يستكتبون ضحيتهم العقود الباهظة متوسلين إلى ذلك بمختلف الذرائع والحيل . وكانت أقضية ترفع أمامه عن الزوجة تسلم زمامها إلى هواها ، وتضحى الطائل من المال يبتزه الزوج ليخلى لها السبيل إلى الزواج من غيره . هذه الأقضية وغيرها كانت ترفع أمام القضاء المصرى ، فكان يلجأ فيها إلى حلول يهديه إليها اجتهاده دون عون من النصوص التشريعية . فتارة يلجأ إلى نظرية الإغواء والتسلط على الإرادة (séduction, captation) وليس لها سند تشريعى ، وطوراً يذهب إلى نظرية الإكراه وضوابط الإكراه تضيق بهذه الأقضية ، بل لقد ذهب فى حالة من هذه الحالات إلى الأخذ بنظرية الخلع فى الفقه الاسلامى . ومهما يكن من أمر هذا الاضطراب والتقلقل ، فقد كان القضاء المصرى سليم الفطرة ، حسن التقدير ، إذ كان ينظر دائماً بعين الريبة إلى العقود التى تبرم فى مثل هـذه الظروف ، فيبطلها أو ينقص منها . ولم يكن يعوزه إلا أن يثبت على أسـاس قانونى يقوم على نص تشريعى . فأتى التقنين الجديد بهذا النص . وهذا ما تقوله المادة ١٢٩ :

« ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصـل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

« ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سـنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » .

« ٣ — ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » .

ولسنا هنا فى مقام شرح هذا النص وما ينطوى عليه من مسائل تفصيلية . وبحسبنا أن نذكر أن أدق مشكلة يثيرها هى تحديد ما يريده المشرع « بالطيش البين والهوى الجامح » . ولا نتردد فى القول بأن القاضى عند تحديده للمعنى المقصود من هـذه العبارة يجب أن يسترشد بالقضاء السابق ، وأن يستعرض أمامه الأقضـية التى رفعت فعلاً أمام المحاكم ، فلا يلبث أن يتمثل صورة الشيخ الذى وقع تحت سلطان امرأته الجديدة ، وصورة الشاب الذى أصبح ألعوبة فى أيدى المرابين ، وصورة الزوجة التى غلبها هواها على أن تستبدل زوجاً بزوج . هذه صور من الحياة المصرية يتمثلها القاضى وهو يطبق هذا النص ، فيصبح المعنى أمامه محدداً واضحاً . وهو بعد ليس فى حاجة إلى أن يطوف بخياله بلاداً غير مصرية ينقل عنها نماذج هى أجنبية عنا ولا صلة لنا بها . وهو ليس فى حاجة بوجه خاص إلى أن يرجع إلى التقنين الألمانى أو التقنين السويسرى أو التقنين البولونى وكل هذه تقنينات ورد فيها نص مماثل لنصنا المصرى ، فإن البلاد التى تطبق فيها هذه التقنينات غريبة عنا ، ومجتمعها الأجنبى يغاير مجتمعنا المصرى ، وإذا كان نص تقنيننا الجديد يماثل فى الأسلوب والصياغة نصوص هذه التقنينات ، فليس هذا معناه أن القاضى المصرى يلتزم تفسير القضاة الأجانب مع ما يوجد من تفاوت فى الأوساط الاجتماعية وفى العادات والتقاليد . ومن ثم نرى ضرورة التزامنا لقضائنا السابق والسير على المبادىء التى سـبق أن قررتها المحاكم المصرية فى وسطنا المصرى .

٢ — الاشتراط لمصلحة الغير :

ويتميز هذا المثل عن سابقه بأن التقنين القديم كان يشـتمل على نص فيه . فكانت المادتان ١٩٨/١٣٧ من هذا القانون تنصان على أن « من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها » . فكان النص القـديم غامضاً مضطرباً ، يتردد بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير والفضالة . فجاء التقنين الجديد واضحاً دقيقاً ، ونصت المادة ١٥٤ منه على ما يأتى :

« ١ — يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية » .

« ٢ — ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد » .

« ٣ — ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك » .

فكيف يفسر القاضي هذا النص ؟ وإذا أثار تطبيقه ، بالرغم من وضوحه ، مسائل تقتضي حلا ، فأين يتلمس القاضي هذا الحل ؟ وإذا عرض مثلا ما يقتضي تحديد الدفوع التي يجوز للمتعهد أن يتمسك بها قبل المنتفع ، أو تحديد المصلحة الشخصية التي تكون للمشترط إذا كانت مصلحة أدبية ، أو تحديد مدى الحق المباشر الذي يكسبه الغير والأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا الحق ، فبأي مصدر يسترشد القاضي في حل هذه المسائل ؟ لا نتردد في القول بأنه يتعين على القاضي أن يسترشد في كل ذلك بالقضاء المصري السابق وبالفقه المصري السابق ، وسيجد هذا القضاء والفقه غنيين زاخرين بالمبادئ القانونية ، والتأصيلات الفقهية ، والحلول التفصيلية ، في هذا الموضوع الخطير . وسيجد أنه بالرغم من أن نصوص التقنين الجديد تختلف اختلافاً بيناً عن نص التقنين القديم من حيث الدقة والوضوح ، فإن تطبيق النصوص الجديدة لا يترتب عليه غير النتائج ذاتها التي كانت تترتب على تطبيق النص القديم الحائر المضطرب . وسيجد أن الفرق بين الوضعين القديم والجديد يكاد ينحصر في أننا كنا في الوضع القديم نستقي القواعد القانونية الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير من القضاء والفقه رأساً وكنا لا نجد غناء في النص التشريعي ، فكان قانوننا في هذا الموضوع الخطير يكاد يكون قانوناً غير مكتوب . أما الآن ، وفي ظل التقنين الجديد ، سنطبق عين المبادئ التي كنا نطبقها في الماضي ، ونلتزم الحلول التفصيلية ذاتها ، ولكننا نتلمس هذه المبادئ والحلول ، لا في قضائنا وفقهنا فحسب ، بل نجد الكثير منها

واضحاً فى تشريعنا الجديد ، وقد أصبح قانوننا مكتوباً مقنناً فى موضوع من أهم موضوعات القانون المدنى . ولعل هناك فرقاً آخر بين الوضعين القديم والجديد . ففى الوضع القديم ، ونحن نتلمس الحلول فى ثنايا ما تراكم من أحكام القضاء وآراء الفقهاء ، لم تكن هذه الحلول تخلص لنا ثابتة مستقرة ، فالقضاء لم يكن يخلو من تردد ، والفقه لم يكن يسلم من خلاف . أما فى الوضع الجديد ، والحلول الرئيسية قد وردت فيها نصوص تشريعية واضحة قاطعة ، فلا معنى للتردد ولا محل للخلاف ، وقد خلصت لنا الحلول فى أهم المسائل منحسمة بينة ، متسمة بطابع من الثبات والاستقرار .

٣ — التهديد المالى :

والتهديد المالى من الأمثلة البارزة التى قنن فيها التقنين الجديد أحكام القضاء المصرى . ولم يكن التقنين القديم يشتمل على نص فى هذا الموضوع . فصاغ القضاء المصرى نظرية التهديد المالى على هدى من القضاء الفرنسى ، وسلك فى ذلك سبيلا هو محض اجتهاد لا سند له من التشريع . فاستمد التقنين الجديد من هذا القضاء المصرى النصوص التى أوردها فى هذا الشأن على الوجه الآتى :

نصت المادة ٢١٣ على أنه : « ١ — إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه ، جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك ٢ — وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعياً للزيادة» .

ونصت المادة ٢١٤ على أنه : « إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين ، مراعياً فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين » .

وهذه النصوص التى استقيت من القضاء المصرى السابق يرجع القاضى بداهة ، فى تفسيرها وفى تحديد مراميها ، إلى هذا القضاء بالذات ، فهو مصدرها المباشر . ولا شأن له بالتقنينات

الأجنبية ، ولو اتفقت نصوصها مع هذه النصوص من حيث الأسلوب والصياغة . فإن واضع التقنين الجديد إنما استأنس من هذه التقنينات بالأسلوب التشريعي والصياغة الشكلية . وإذا كانت هذه التقنينات الأجنبية هي المصدر الشكلي لهذه النصوص ، فإن مصدرها الموضوعي هو القضاء المصري السابق .

بيد أن تقنين القضاء المصري السابق على الوجه الذي قدمناه لم يكن محض ترديد لأحكام هذا القضاء . فقد اشتملت النصوص الجديدة على مزايا نجملها فيما يأتي :

أولاً — أقامت هذه النصوص أساساً تشريعياً لنظرية التهديد المالي ، ولم يكن هذا الأساس موجوداً من قبل[1] .

ثانياً — حددت النصوص تحديداً تشريعياً حاسماً ، لا يدع مجالا للاضطراب الذي يغلب أن يكون طابع الأحكام القضائية ، النطاق الذي تطبق فيه نظرية التهديد المالي ، والوقت الذي يصفى فيه مركز المدين . أما النطاق فمداه هو حيث يقتضي تنفيذ الالتزام تدخل المدين تدخلاً شخصياً يكون التنفيذ بدونه غير ممكن أو غير ملائم . وأما الوقت الذي يصفى فيه مركز المدين فهو الوقت الذي يتخذ فيه موقفاً نهائياً ، إما بوفاء التزامه وإما بالإصرار على عدم الوفاء[2] .

ثالثاً — وصلت النصوص بنظرية التهديد المالي إلى مداها لتحقيق الغرض المقصود

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « لعل أهم ما عيب على نظام الغرامات التهديدية في وضعه الراهن أنه لا يستند إلى نص من نصوص التشريع ، بل هو وليد اجتهاد القضاء . وقد قصد المشرع إلى تدارك هذا العيب ، فأورد هذه (المواد الثلاث) باعتبارها سنداً تشريعياً يركن إليه عند التطبيق ، وهي بعد ليست إلا تقنيناً لما جرى عليه القضاء من قبل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٩) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « بيد أن الحكم الصادر بالغرامة التهديدية حكم موقوت ، تنتفي علة قيامه متى اتخذ المدين موقفاً نهائياً منه ، إما بوفائه بالالتزام ، وإما بإصراره على التخلف . فإذا استبان هذا الموقف وجب على القاضي أن يعيد النظر في حكمه ليفصل في موضوع الخصومة . فإن كان المدين قد أوفى بالتزامه حط عنه الغرامة إزاء استجابته لما أمر به ، وألزمه بتعويض عن التأخر ، لا أكثر . وإن أصر المدين على عناده نهائياً ، قدر التعويض الواجب عن الضرر الناشيء عن عدم الوفاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠) .

منها ، وذلك من وجهين : الوجه الأول أن النصوص تقضى ، إذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافياً لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ ، بجواز الزيادة فى الغرامة التهديدية ، وذلك بقصد التغلب على ممانعة المدين . والوجه الثانى أن القاضى عند تحديده مقدار التعويض الذى يلزم به المدين لا يقتصر على مراعاة الضرر الذى أصاب الدائن ، بل يجب أيضاً ، كما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، « أن يراعى فى هذا التقدير ما يكون من أمر ممانعة المدين تعنتاً باعتبار هذه الممانعة عنصراً أدبياً من عناصر احتساب التعويض ، وفى هذا النطاق يتمثل لب نظام الغرامات المالية ومعقل القوة فيه »[1] .

٤ ـ الشرط الجزائى :

والشرط الجزائى مثل رابع فى أن التقنين الجديد استقى نصوصه من القضاء المصرى السابق . وهو يختلف عن الأمثلة السابقة فى أن القضاء الذى قنن هنا ليس بالقضاء الذى كان يستند إلى نص تشريعى غامض مضطرب ، كما هو الأمر فى الاشتراط لمصلحة الغير ، ولا بالقضاء الاجتهادى الذى لا سند له من التشريع ، كما هو الأمر فى نظريتى الاستغلال والتهديد المالى ، وإنما هو قضاء اجتهادى كان يجرى على عكس النص التشريعى ويتعارض معه تعارضاً صريحاً . فقد كانت المادتان ١٢٣/١٨١ من القانون القديم تنصان على أنه : « إذا كان مقدار التضمين فى حالة عدم الوفاء مصرحاً به فى العقد أو فى القانون فلا يجوز الحكم بأقل منه ولا بأكثر » . والنص صريح كما ترى ، وهو بعد مأخوذ من نصوص التقنين الفرنسى (م ١١٥٢ فرنسى) ، وهى أيضاً صريحة فى هذا المعنى . ومع ذلك فقد كان كل من القضاءين الوطنى والمختلط يقضى بما يتعارض مع صريح النص ، ولا يحكم بشىء من التعويض المتفق عليه إذا لم يكن هناك ضرر أصاب الدائن . بل ذهب القضاء الوطنى إلى مدى أبعد ، إذ كان يقضى ، حتى مع وجود الضرر ، بتخفيض التعويض المتفق عليه إلى حد يتعادل فيه مع مقدار الضرر .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٠ .

فعمد التقنين الجديد إلى تقنين القضاء المصرى فى هذا الصدد . ونصت المادة ٢٢٤ على ما يأتى :

١ — « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

٢ — « ويجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلى قد نفذ فى جزء منه » .

٣ — « ويقع باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين» .

وهذا النص يجب أن يرجع فى تطبيقه وتفسيره إلى القضاء المصرى السابق الذى أسلفنا الإشارة إليه ، شأنه فى ذلك شأن سائر النصوص التى تقنن هذا القضاء .

على أن النص يجمع إلى مزية تقنين القضاء السابق مزايا أخرى نجملها فيما يأتى :

(أولاً) أزال التعارض بين القضاء والنصوص التشريعية . أما التعارض ما بين القضائين الوطنى والمختلط فقد زال بزوال المحاكم المختلطة .

(ثانياً) أصل أحكام الشرط الجزائى تأصيلاً قانونياً صحيحاً ، وبناها على أساس سليم . «فليس الشرط الجزائى فى جوهره — وهذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[1] . — إلا مجرد تقدير اتفاقى للتعويض الواجب أداؤه . فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب هذا التعويض ، بل للوجوب مصدر آخر ، قد يكون التعاقد فى بعض الصور ، وقد يكون العمل غير المشروع فى صور أخرى . فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن من اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض ، وهى الخطأ والضرر والإعذار» وهذا التأصيل الصحيح هو الذى يفسر جواز عدم الحكم بالشرط الجزائى إذا انتفى الضرر ، وجواز تخفيضه إذا قل الضرر . فما دام الضرر هو شرط واجب للجزاء المتفق

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٣ .

عليه ، « فهو بذاته — كما تقول هنا أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[1] — مناط تقدير الجزاء الواجب أداؤه . ويترتب على هذا أن انتفاء الضرر يستتبع سقوط الجزاء المشروط ، ويقع عبء إثبات ذلك على عاتق المدين . وإذا كانت قيمة الضرر أقل من مقدار الجزاء المشروط وجب إنقاص هذا المقدار حتى يكون معادلا لتلك القيمة » .

(ثالثاً) جعل النص هذه الأحكام من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وبذلك أمن المدين تعسف الدائن ، وتوقى أن يفرض عليه هذا الاتفاق المخالف الذى لا يلبث أن يصبح شرطاً من الشروط المألوفة عند التعاقد (clauses de style)

هذه الأمثلة التى سقناها — وهى قليل من كثير — تنهض جميعاً للدلالة على أمور ثلاثة :

أولاً — أن الكثرة الغالبة من نصوص التقنين الجديد ، وقد استقيت من القضاء المصرى ومن التقنين القديم ، يرجع القاضى فى تطبيقها وفى تفسيرها مباشرة إلى القضاء المصرى السابق .

ثانياً — أن التقنينات الأجنبية الحديثة ، إذا اتفقت فى بعض نصوصها مع نصوص التقنين الجديد التى استقيت من القضاء المصرى ، فإن هذا لا يعنى الرجوع إلى هذه التقنينات فى تطبيق هذه النصوص وفى تفسيرها . فهى ليست إلا مصادر شكلية لهذه النصوص استؤنس بها فى الصياغة والأسلوب . أما المصدر الموضوعى فهو القضاء المصرى السابق . وسيرى القارىء أننا فى هذا الكتاب لم نشر إلى التقنينات الأجنبية إلا فى مناسبات قليلة ، ولم تكن الإشارة بقصد الرجوع إلى هذه التقنينات فى تفسير النصوص ، بل لعقد مقارنات بين قانوننا والقوانين الأجنبية فى بعض المواطن التى تجدى فيها المقارنة ، أو لتتبع نظام من النظم القانونية فى تطوراته التاريخية .

ثالثاً — أن التقنين الجديد ، فى استقائه ، من التقنين القديم ومن أحكام القضاء المصرى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧٤ .

السابق ، الكثرة الغالبة من نصوصه ، لم يقتصر على ترديد القديم من النصوص . ومن الأحكام القضائية ، بل هو قد هذب النصوص القديمة تهذيباً أبرأها به من عيوبها التى كانت محل الشكوى ، وقنن القضاء المصرى تقنيناً حسم به الخلاف فى مواطنه ، وأكسب الأحكام القانونية شيئاً من الثبات والاستقرار ، ويسر للباحث التعرف على هذه الأحكام .

ب — الفقه الاسلامى

أولا — ما الذى استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر :

للفقه الإسلامى مكان ملحوظ بين المصادر الثلاثة التى استقى منها تنقيح القانون المدنى . فقد استبقى التقنين الجديد ما اشتمل عليه التقنين القديم من أحكام أخذها عن الفقه الإسلامى ، واستحدث أحكاماً جديدة أخذها عن هذا الفقه . وجعل ، بعد ذلك كله ، الفقه الإسلامى مصدراً رسمياً للقانون المدنى ، يأتى بعد النصوص التشريعية والعرف ، ويتقدم مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة[1] .

---

(١) وهذا ما كتبته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى تقريرها فى هذا الصدد : « وتبينت اللجنة كذلك أن المشروع اعتمد على الشريعة الإسلامية إلى حد بعيد بين مصادره ، فجعلها مصدراً عاماً يرجع إليه القاضى إذا لم يجد حكماً فى التشريع أو العرف ، وجعلها مصدراً خاصاً لطائفة لا يستهان بها من أحكامه . ولا ينكر ما للفقه الإسلامى من مكانة رفيعة بين مذاهب الفقه العالمى ، فكيف وقد كان ولا يزال معتبراً القانون العام فى كثير من المسائل فى مصر . وفى تقوية الصلة بين المشروع وأحكام الشريعة إبقاء على تراث روحى حرى بأن يصان وأن ينتفع به . واللجنة تسجل ما صادفت فى المشروع من أحكام أخذت عن الشريعة الإسلامية كالأحكام الخاصة بنظرية التعسف فى استعمال الحق وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة . وهذه الأحكام جميعاً تتضمن من القواعد ما يعتبر شاهداً من شواهد التقدم فى التقنينات الغربية ، وإن كان فقهاء الشريعة قد فطنوا إلى ما حدث من أحكام وأحكموا سبكه وتطبيقه على ما عرض فى عصورهم من أقضية لقرون خلت قبل أن يخطر شىء من ذلك ببال فقهاء الغرب أو من تولوا أمر التشريع فيه . ونقل المشروع أيضاً عن الشريعة الإسلامية طائفة من الأحكام التفصيلية يكفى أن يشار فى صددها إلى ما تعلق بمجلس العقد وإيجار الوقف والحكر وإيجار الأراضى الزراعية وهلاك الزرع فى العين المؤجرة وانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه بالعذر . هذا إلى مسائل أخرى كثيرة سبق أن اقتبس التقنين الحالى أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وأبقاها المشروع ، كبيع المريض مرض الموت والغبن وتبعة الهلاك فى البيع وغرس الأشجار فى العين المؤجرة والعلو والسفل والحائط المشترك . أما الأهلية والهبة والشفعة والمبدأ الخاص بألا تركة إلا بعد سداد الدين فقد استمد المشروع أحكامها من الشريعة الإسلامية ، وهى أحكام لها أهميتها فى الحياة العملية . وفى حدود هذا المصدر الثانى كان مسلك المشروع قويماً ارتاحت إليه اللجنة وآنست فيه اتجاهاً إلى تقدير ما للفقه الإسلامى =

١ — القديم من الفقه الإسلامي الذي استبقاه التقنين الجديد :

كان التقنين القديم يشتمل على أحكام أخذها عن الفقه الإسلامى ، فاستبقاها التقنين الجديد بعد أن هذب النصوص القديمة وصحح ما انطوت عليه من أخطاء .

فبيع المريض مرض الموت ، والأهلية ، والشفعة ، والهبة ، وسداد الدين قبل إيلولة التركة للورثة ، والغبن فى بيع القاصر ، وخيار الرؤية ، وتبعة الهلاك فى البيع ، وغرس الأشجار فى العين المؤجرة ، والأحكام المتعلقة بالعلو والسفل ، وبالحائط المشترك ، ومدة التقادم ، كل هذه موضوعات اشتمل عليها التقنين القديم واستبقاها التقنين الجديد بعد أن هذبها وصحح فيها .

وقد هذب التقنين الجديد بوجه خاص الأحكام المتعلقة بتصرفات المريض مرض الموت وبالهبة وبسداد الدين قبل أيلولة التركة للورثة . فقد صحح النصوص الخاصة ببيع المريض مرض الموت من الأخطاء التى تسربت إليها فى التقنين القديم إذ جعل العبرة بالقدر المحابى به لا بقيمة المبيع ، ونظر إلى قيمة المبيع وقت الموت لا وقت البيع . ولم يقتصر من تصرفات المريض على البيع بل أورد فى النصوص المتعلقة بالوصية أحكاماً تناولت تصرفات المريض بوجه عام ، نقلها عن الفقه الإسلامى والقضاء المصرى . فنصت المادة ٩١٦ على أن : « ١ — كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف . ٢ — وعلى ورثة من تصرفوا أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا

= من مزايا أدركها علماء الغرب منذ زمن بعيد ، وبقى على دول الشرق أن تحلها المحل الخليق بها وأن تعبر عملياً عن اعتزازها بها وحرصها على استدامتها . ولعل من نافلة القول أن يشار إلى أن هذا المسلك أمعن فى رعاية ما للماضى من حرمة ، وأبلغ فى قضاء حق القدماء الذين تعهدوا الفقه الإسلامى باجتهادهم ، وأسبغوا على أحكامه من المرونة ما جعلها تتسع لما درج الناس عليه فى معاملاتهم . ولا ترى اللجنة فى الرجوع إلى الشريعة الإسلامية على هذا الوجه أى مساس باستقرار المعاملات ، بل ترى فيه تمكيناً لأسباب الاستقرار من طريق تقصى التقاليد الصالحة التى ألفها المتعاملون فى البلاد منذ مئات السنين » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣١ — ص ١٣٢) .

التاريخ ثابتاً . ٣ – وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه » . ونصت المادة ٩١٧ على أنه : « إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، ما لم يقم دليل يخالف ذلك » .

كذلك فعل التقنين الجديد فى عقد الهبة . فقد نقل أحكام التقنين القديم المتعلقة بها. ولم يكتف بذلك ، فإن هذه الأحكام كانت مقتضبة ، وكانت مقصورة على الشكل دون الموضوع . فأورد أحكام الهبة كاملة من حيث شكلها ومن حيث موضوعها . واستمد الأحكام الموضوعية من الفقه الإسلامى .

ولم يقتصر التقنين الجديد على الأخذ بالمبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين — وقد كان التقنين القديم يجعل المبدأ مفهوماً فى ثنايا نصوصه — بل عمد إلى هذا المبدأ الخطير فنظمه تنظيماً دقيقاً وفصل الإجراءات التى تكفل تطبيقه ، وهى إجراءات عملية كانت الحاجة إليها ملحة ، فسد بذلك فراغاً كبيراً .

٢ — الجديد من الفقه الإسلامى الذى استحدثه التقنين الجديد :

وقد استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى استمدها من الفقه الإسلامى . وبعض هذه الأحكام الجديدة هى مبادىء عامة : وبعضها مسائل تفصيلية .

فمن المبادىء العامة التى أخذ بها ، النزعة الموضوعية التى نراها تتخلل كثيراً من نصوصه . وهذه هى نزعة الفقه الإسلامى والقوانين الجرمانية ، آثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التى هى طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامى عمدته فى الترجيح .

ومن هذه المبادىء أيضاً نظرية التعسف فى استعمال الحق . لم يأخذها التقنين الجديد

عن القوانين الغربية فحسب ، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامى . ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصى الذى اقتصرت عليه أكثر القوانين ، بل ضم إليها معياراً موضوعياً فى الفقه الإسلامى يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة وبتوقى الضرر الجسيم الذى قد يصيب الغير من استعماله .

وكذلك الأمر فى حوالة الدين ، أغفلتها القوانين اللاتينية ، ونظمتها القوانين الجرمانية متفقة فى ذلك مع الفقه الإسلامى . فأخذ بها التقنين الجديد .

ومبدأ الحوادث الطارئة (imprévision) أخذ به بعض التقنينات الحديثة . فرجح التقنين الجديد الأخذ به استناداً إلى نظرية الضرورة ونظرية العذر فى الفقه الإسلامى .

ومن الأحكام التى استحدثها التقنين الجديد مسائل تفصيلية كما قدمنا ، اقتبسها من الفقه الإسلامى . ومن هذه المسائل : الأحكام الخاصة بمجلس العقد . وبإيجار الوقف ، وبالحكر ، وبإيجار الأراضى الزراعية ، وبهلاك الزرع فى العين المؤجرة ، وبانقضاء الإيجار بموت المستأجر وفسخه للعذر ، وبوقوع الإبراء من الدين بإرادة الدائن وحده .

٣ — الفقه الإسلامى أصبح مصدراً رسمياً للقانون المدنى :

وقد نصت المادة الأولى من التقنين الجديد على أنه « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

ويتبين من ذلك أن الشريعة الإسلامية هى المصدر الرسمى الثالث للقانون المدنى المصرى . وهى إذا أتت بعد النصوص التشريعية والعرف ، فإنها تسبق مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة . ولا شك فى أن ذلك يزيد كثيراً فى أهمية الشريعة الإسلامية ، ويجعل دراستها دراسة علمية فى ضوء القانون المقارن أمراً ضرورياً لا من الناحية النظرية الفقهية فحسب ، بل كذلك من الناحية العملية التطبيقية . فكل من الفقيه والقاضى أصبح الآن مطالباً أن يستكمل أحكام القانون المدنى ، فيما لم يرد فيه نص ولم يقطع فيه عرف ،

بالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى . ويجب عليه أن يرجع إلى هذه الأحكام قبل أن يرجع إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة . بل لعل أحكام الشريعة الإسلامية ، وهى أدق تحديداً وأكثر انضباطاً من مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، هى التى تحل محل هذه المبادىء والقواعد ، فتغنينا عنها فى كثير من المواطن[1] .

ثانياً — كيف تفسر النصوص التى استقيت من الشريعة الإسلامية وكيف تستخلص منها الأحكام باعتبارها مصدراً رسمياً :

ونبين فى إيجاز كيف تفسر النصوص المستمدة من الشريعة الإسلامية ، باعتبارها مصدراً تاريخياً وباعتبارها مصدراً رسمياً .

أما النصوص التى نقلها التقنين الجديد عن الشريعة الإسلامية ، فأصبحت نصوصاً تشريعية وأصبح الفقه الإسلامى مصدراً تاريخياً لها ، فهذه نرجع فى تفسيرها إلى مصدرين رئيسيين :

المصدر الأول — هو القضاء المصرى فيما يوجد له تفسير فى هذا القضاء . والقضاء المصرى غنى بالمبادىء والأحكام فى موضوعات كمرض الموت والشفعة والحكر وإيجار الوقف . فعلى من يفسر نصوص القانون الجديد الواردة فى هذه الموضوعات وأمثالها أن يرجع إلى هذا القضاء فيما استقر عليه من المبادىء .

---

(١) هذا هو الحد الذى وصل إليه التقنين الجديد فى الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية ، عدا المسائل الأخرى التى أخذها بالذات من الفقه الإسلامى ، وهى المسائل التى تقدم ذكرها .

أما جعل الشريعة الإسلامية هى الأساس الأول الذى يبنى عليه تشريعنا المدنى ، فلا يزال أمنية من أعز الأمانى التى تختلج بها الصدور ، وتنطوى عليها الجوانح . ولكن قبل أن تصبح هذه الأمنية حقيقة واقعة ، ينبغى أن تقوم نهضة علمية قوية لدراسة الشريعة الإسلامية فى ضوء القانون المقارن . ونرجو أن يكون من وراء جعل الفقه الإسلامى مصدراً رسمياً للقانون الجديد ما يعاون على قيام هذه النهضة .

وقد حاول بعض رجال القانون أن يستبقوا الحوادث ، فدرسوا الشريعة الإسلامية دراسة سطحية لجة لاغناء فيها، وقدموا نموذجاً يشتمل على بعض النصوص فى نظرية العقد ، زعموا أنها أحكام الشريعة الإسلامية وهى ليست من الشريعة الإسلامية فى شىء . ودار فى شأن هذه النصوص حوار عنيف فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .

(انظر فى تفصيل هذه المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٨٥ — ٨٩) .

والمصدر الثانى — هو ما جاء فى كتب الفقه الإسلامى ، وبخاصة فى تفسير ما لا يوجد له تفسير فى القضاء المصرى . والرجوع إلى الفقه الإسلامى فى كتبه المعتمدة واجب أيضاً عندما يراد استخلاص الأحكام من الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً رسمياً للقانون المدنى .

وفى رأينا أنه حيث ينبغى الرجوع إلى الفقه الإسلامى فى كتبه المعتمدة ، سواء أكان هذا الفقه هو المصدر الرسمى التى تستمد منه الأحكام أم كان هو المصدر التاريخى الذى تفسر فى ضوئه النصوص التشريعية ، يجب أن يراعى أمران جوهريان :

الأمر الأول — هو عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامى . فكل مذاهب الفقه يجوز الرجوع إليها والأخذ منها . ولا محل للوقوف عند أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، بل ولا للتقيد بالمذهب الحنفى فى جملته . ولعلنا نذهب إلى مدى أبعد ، فنقول إنه لا موجب للتقيد بالمذاهب الأربعة المعروفة ، فهناك مذاهب أخرى ، كمذهب الزيدية ومذهب الإمامية ، يمكن الانتفاع بها إلى حد بعيد .

والأمر الثانى — هو أن يراعى فى الأخذ بأحكام الفقه الإسلامى التنسيق ما بين هذه الأحكام والمبادىء العامة التى يقوم عليها التشريع المدنى فى جملته . فلا يجوز الأخذ بحكم فى الفقه الإسلامى يتعارض مع مبدأ من هذه المبادىء ، حتى لا يفقد التقنين المدنى تجانسه وانسجامه . وفيما قدمناه من الرخصة فى الأخذ بمذاهب الفقه جميعاً ، دون تمييز بين مذهب ومذهب ، ما يجعل تحقيق هذا التنسيق ميسوراً ، فلا يضل الباحث فى تفصيلات الفقه الإسلامى ، ولا يختار منها إلا ما يتسق مع المبادىء العامة للتشريع المدنى[1] .

---

(١) وفى محاولة الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية عن دراسة سطحية لاتعمق فيها ، وهى المحاولة التى أشرنا إليها فيما تقدم ، ظن واضعو النموذج الذى سبق ذكره أن نظرية عيوب الرضاء ونظرية البطلان ونظرية السبب ونظرية الفسخ هى نظريات يمكن الأخذ بها كما هى مبسوطة فى القوانين الحديثة مع نسبتها إلى مذاهب فى الفقه الإسلامى تتعارض معها كل التعارض . وبديهى أن الشريعة الإسلامية لاتخدم عن طريق أن ينسب إليها ما ليس منها وإنما تخدم عن طريق دراستها دراسة علمية صحيحة ، وأول شرط لهذه الدراسة هى الأمانة العلمية . ولا يعيب الشريعة الإسلامية أنها لا تطاوع فى بعض نظرياتها ما وصل إليه القانون الحديث من نظريات معروفة ، ولكن يعيبها أن تشوه مبادئها وأن تمسخ أحكامها .

جـ — التقنينات الحديثة

أولا — ماالذى استقاه التقنين الجديد من هذا المصدر :

والمصدر الثالث الذى استقى منه التقنين الجديد بعض أحكامه ، والكثير من صيغه وعباراته هو التقنين الحديث . فقد حرص واضعو التقنين الجديد على أن ينتفعوا انتفاعاً كاملاً بكل خطوة خطتها التقنينات الحديثة فى طريق الكمال من ناحية الأسلوب الفنى والصياغة التشريعية .

وقد رتبت هذه التقنينات الحديثة فانتظمتها أقسام ثلاثة : القسم الأول التقنينات اللاتينية قديمها وحديثها . فالقديم يأتى على رأسه التقنين الفرنسى ، ومعه التقنين الإيطالى القديم ، والتقنين الأسبانى ، والتقنين البرتغالى ، والتقنين الهولندى . والحديث يشتمل على التقنينين التونسى والمراكشى ، والتقنين اللبنانى ، والمشروع الفرنسى الإيطالى ، والتقنين الإيطالى الجديد . والقسم الثانى التقنينات الجرمانية ، وأهمها التقنين الألمانى ، والتقنين السويسرى ، والتقنين النمساوى . والقسم الثالث تقنينات متخيرة استقت من كلتا المدرستين اللاتينية والجرمانية . وأهم هذه التقنينات التقنين البولونى ، والتقنين البرازيلى ، والتقنين الصينى ، والتقنين اليابانى .

ولكل من هذه التقنينات مزايا وعيوب[1] ، وقد توخى التقنين الجديد أن ينتفع

---

(١) فالمشروع الفرنسى الإيطالى أكسب التقنينات اللاتينية العتيقة جدة لم تكن لها ، ونفخ فيها روح العصر ، وجمع بين البساطة والوضوح ، مع شىء كثير من الدقة والتجديد . على أن المشروع يكاد يكون محافظاً إذا قيس إلى التقنينات العالمية الأخرى . والتقنين الألمانى يعد أضخم تقنين صدر فى العصر الحديث وهو خلاصة النظريات العلمية الألمانية مدى قرن كامل ، ويبز من الناحية الفقهية أى تقنين آخر ، فقد اتبع طريقة تعد من أدق الطرق العلمية وأقربها إلى المنطق القانونى . ولكن هذا كان عائقاً له عن الانتشار ، فإن تعقيده الفنى ودقته العلمية أقصياه بعض الشىء عن منحى الحياة العملية ، وجعلاه مغلق التركيب ، عسر الفهم . والتقنين النمساوى يرجع عهده إلى أوائل القرن التاسع عشر ، فقد ظهر فى سنة ١٨١٢ عقب التقنين الفرنسى ، ولكنه لم يتح له من النجاح ما أتيح لهذا التقنين ، لذلك بقى محدود الانتشار فى أوروبا حتى غمره التقنين الألمانى ، وقد قام النمساويون بتنقيح تقنينهم فى أول سنى الحرب العالمية الأولى ، وظهر =

بمزاياها وأن يتوقى عيوبها . وهذا كله فى حدود تقاليدنا القانونية وما استقر عليه قضاؤنا وفقهنا . وأكثر ما رجع إليه التقنين الجديد من هذه التقنينات ، خمسة : المشروع الفرنسى الإيطالى ، والتقنين الإيطالى الجديد ، والتقنين السويسرى ، والتقنين الألمانى ، والتقنين البولونى . فالتقنين الجديد ، وإن كان قد اتخذ التقنينات اللاتينية أساساً له إلا أنه لم يلتزمها وحدها ، بل رجع أيضاً إلى التقنينات الجرمانية .

وقد رجع التقنين الجديد إلى هذه التقنينات الحديثة فى بعض النواحى الموضوعية . ولكنه رجع إليها أكثر ما رجع فى نواحى الصياغة والأسلوب .

أما النواحى الموضوعية فأهمها بعض النظم القانونية التى كانت تنقص القانون القديم كالمؤسسات وحوالة الدين والإعسار ، وبعض المسائل التفصيلية التى أخذت عن التقنينات الحديثة ، كمسئولية عديم التمييز والمسئولية عن الآلات الميكانيكية والنصوص الخاصة بالحوادث الطارئة وبإدارة الملكية فى الشيوع وبملكية الأسرة وباتحاد ملاك الطبقات . وجارى التقنين الجديد فوق ذلك ، كما قدمنا ، التقنينات الجرمانية والفقه الإسلامى فى إيثار المعايير الموضوعية على المعايير الذاتية فى كثير من المسائل .

وأما نواحى الصياغة والأسلوب فقد أفاد منها التقنين الجديد أكبر الفائدة . ولكن واضعى هذا التقنين حرصوا كل الحرص ، وهم فى سبيل الانتفاع من التقنينات الحديثة فى الصياغة والأسلوب ، على أن يحققوا أمرين : أولهما أن تكون العبارات التى استعيرت من التقنينات الأجنبية لم تقتبس إلا لأنها تؤدى ، فى أمانة ووضوح ، المعانى التى قصدوا إلى نقلها عن القضاء المصرى وعن نصوص التقنين القديم . والأمر الثانى أنهم

= التنقيح فى سنة ١٩١٦ ، فأعاد لهذا التقنين العتيق شيئاً من الجدة والمسايرة لروح العصر . أما التقنين السويسرى — تقنين الالتزامات والتقنين المدنى — فقد كان المنتظر أن يكون ، وهو من عمل الأساتذة (فيك وهوبر) ، عملا فقهيا ، فإذا به ذو صفة عملية بارزة . ويجمع التقنين السويسرى إلى الوضوح والبساطة ، الدقة والتعمق وإن كان خداعاً فى بعض المواطن فيما يتسم به من وضوح ودقة (أنظر فى كل ذلك المحاضرة التى ألقيناها فى الجمعية الجغرافية الملكية وفتحنا بها باب الاستفتاء فى التقنين الجديد : مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٥٥٥ — ص ٥٥٩) .

فيما استعاروه من صيغ وعبارات عن التقنينات الحديثة تجنبوا أن يقع أى تنافر فيما بين أجزاء التقنين ، وحرصوا على أن تنصهر هذه العناصر كلها فى بوتقة واحدة ، وأن ينتظم حباتها جميعاً عقد واحد .

ثانياً — كيف تفسر النصوص التى استقيت من التقنينات الحديثة :

أهم مبدأ ينبغى أن ننبه له الباحث فى تفسير التقنين المدنى الجديد هو أن نصوص هذا التقنين التى استمدت من التقنينات الأجنبية يجب أن تفصل فصلاً تاماً عن مصادرها الأجنبية ، فلا يرجع إلى هذه المصادر فى تطبيقها وتفسيرها . هذه النصوص التشريعية قد اندمجت فى تقنين قائم بذاته ، فأصبح لها من الكيان الذاتى ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التى أخذت منها . وإنما يجب الرجوع فى تفسير هذه النصوص إلى مصادرها الموضوعية من قضاء مصرى سابق ومن فقه مصرى تقليدى ومن نصوص تشريعية قديمة . هذه هى المصادر الأولى التى يجب أن يرجع إليها فى التفسير . وقد ألححنا فى التنبيه على ذلك عندما تكلمنا فى القضاء المصرى كمصدر أول استقى منه تنقيح التقنين المدنى . أما التقنينات الأجنبية فلا يرجع إليها إلا لأغراض علمية بحتة ، كالموازنة بين الشرائع المختلفة ، وكاستقصاء التطور التاريخى لنظام قانونى معين .

هذا المبدأ الجوهرى الذى نقرره يفرض نفسه على كل باحث فى التقنين الجديد للأسباب الآتية :

١ — أن الكثرة العالية من النصوص المستمدة من التقنينات الحديثة إن هى ، فى الواقع من الأمر ، إلا تقنين لما جرى عليه القضاء المصرى ، أو إصلاح لعيوب فى نصوص التقنين القديم . ولم يقصد من الاستئناس بصياغة التقنينات الحديثة ومن محاكاة أسلوبها التشريعى إحداث أى تغيير فى الأحكام التى تضمنتها نصوص التقنين القديم أو جرى بها القضاء المصرى ، وقد تكررت الإشارة إلى ذلك[1] .

---

(١) وقد جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ما يقرب من هذا المعنى فيما يأتى : =

٢ — أن القليل الباقى من النصوص المستمدة من التقنينات الحديثة ، وهى التى طرقت موضوعات جديدة لم تكن موجودة فى التقنين القديم ، لم تنقل هذه الموضوعات على علاتها من مصادرها الأجنبية . بل إن هذه النصوص قد محصت قبل نقلها إلى التقنين الجديد ، وعدلت بحيث تتسق مع سائر النصوص . فهى أقرب إلى أن تكون جزءاً أصيلاً متماسكا من أجزاء هذا التقنين ، تسرى فيه روحه ، وينبسط عليه ما ينتظم سائر الأجزاء من وحدة وانسجام(١) .

٣ — أن أية محاولة يراد بها تفسير النصوص المستمدة من التقنينات الحديثة بالرجوع إلى هذه التقنينات هى محاولة مقضى عليها بالفشل . فإن هذه التقنينات كثيرة متنوعة ، ولكل تقنين نهجه وشرعته ، وله فقهه وقضاؤه ، وكثيراً ما يقع بينها التعارض والتنافر .

= « والكثرة الغالبة من النصوص المعروضة قد ظفرت من وراء الاستئناس بصيغ التقنينات الأجنبية بدقة فى الأداء ، وإيجاز فى التعبير ، جعلا للمشروع قيمة فنية ذاتية ، وطابعاً حسناً . وقد روجعت هذه النصوص فى اللجنة التى أنشأتها وزارة العدل بعد جمع الآراء من طريق الاستفتاء ، وروجعت كذلك فى لجان مجلسى البرلمان ، وأدخل عليها من التعديل اللفظى والموضوعى ما يجعلها تعبر تعبيراً واضحاً عن المعانى التى قصدت إلى أدائها . ولا محل لأن يعاب على المشروع انتفاعه من التجربة التى انتهت إليها التقنينات الأجنبية فى حدود الصياغة ، ولا سيما بعد أن روجعت الصياغة على النحو المتقدم ذكره ، وانفصلت بذلك عن كل مصدر من مصادر الاستئناس ، وأصبحت معبرة فى ذاتها عن المعانى التى استظهرها كل من ساهم فى وضع المشروع أو مراجعته أو إقراره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣٣) .

(١) وهذا أيضاً ما جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى هذا المعنى : « أما النصوص التى اقتبست أحكامها من تقنينات أجنبية من حيث الموضوع فهى قليلة إذا قيست بسائر نصوص المشروع . وهى تعالج أوضاعاً مستقلة أو مسائل تفصيلية تصلح لأن يفصل فيها برأى أو آخر فى أى تقنين من التقنينات ، دون أن يخل ذلك بتناسق قواعده العامة أو تماسكها ولم يتوخ المشروع فى ذلك مجرد النقل أو التقليد دون نظر إلى ظروف البيئة المصرية ، ولكنه جعل من ظروف هذه البيئة رائده ، فاسترشد بها فى المفاضلة بين الحكم الوارد فى تقنين وبين غيره مما فى تقنينات أخرى . وأدخل فى كثير من الحالات على ما اقتبس من أحكام تعديلات جوهرية نزولا على ما تقتضى تلك الظروف . وهو فى هذا لم يشذ عن الأسلوب المتبع فى أكثر الدول عند التقنين فى الوقت الحاضر ، والمتبع فى مصر فعلا بالنسبة إلى كثير من التشريعات . وقد أدمجت الأحكام التى اقتبست على هذا الوجه فى المشروع ، وروعى فى هذا الإدماج إحكام التآلف بينها وبين سائر أجزائه . ثم روجعت فى مختلف اللجان على ما تقدم ذكره من قبل ، فاستوى من ذلك كله تقنين متواصل الأجزاء متجانس الأحكام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣٣) .

فكيف يجوز أن نرجع فى تفسير تقنين متماسك الأجزاء ، متسق النواحى ، إلى مصادر متضاربة متناقضة[1] !

٤ — أن هذا الذى نقرره من وجوب أن يكون للنصوص التشريعية كيان ذاتى ، لتعيش فى البيئة التى تطبق فيها ، ولتتوثق صلتها بما يحيط بها من ملابسات ، ولتتطور تبعاً لما تقتضيه الحاجات المتجددة المتغيرة ، هو ما يقول به سالى وغيره من أقطاب القانون[2] ، وهذه هى خير مدرسة نعرفها فى تفسير النصوص التشريعية .

٥ — أن هذا الذى نقرره هو أيضاً ما قصد إليه صراحة واضعو التقنين الجديد . نتبين ذلك فى وضوح تام من الأعمال التحضيرية ، ونراه مذكوراً فى مبادىء التفسير التى أدلى بها أمام مجلس الشيوخ ، ونلقاه مردداً فى تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب ، وفى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ .

أما مبادىء التفسير التى أدلى بها أمام مجلس الشيوخ فقد جرت على الوجه الآتى :
« (أولا) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع مستمدة من أحكام القانون الحالى ومن المبادىء التى أقرها القضاء المصرى طوال السبعين سنة الماضية ، ومطابقة للقواعد القانونية التى جرى عليها القضاء والفقه فى مصر . وهذا هو المصدر الذى يرجع إليه عند تفسير هذا القانون . وأما المصادر الأجنبية فليست إلا مصادر استئناس للصياغة وحدها . (ثانيا) أن الأحكام التى اشتقت أصلا من الشريعة الإسلامية يرجع فى تفسيرها إلى

---

(١) وفى رأينا أنه إذا جاز الرجوع فى تفسير التقنين الجديد إلى مصدر أجنبى ، فلا يكون هذا المصدر إلا الفقه الفرنسى باعتبار أن الفقه المصرى لا يزال يستمد منه ، ولا يفتأ يتابع خطواته فى كثير من المسائل . وسيرى القارىء أننا فى هذا الكتاب نشير فى مناسبات كثيرة لآراء الفقهاء الفرنسيين إلى جانب آراء الفقه المصرى . أما الرجوع إلى غير الفقه المصرى والفقه الفرنسى فلا يكون إلا لأغراض علمية بحتة كما أسلفنا القول . ولا نزال نترقب اليوم الذى يبلغ فيه الفقه المصرى أشده ، فيصبح غنياً عن غيره بما يتوافر له من أسباب ذاتية . وغنى عن البيان أن الرجوع إلى الفقه الإسلامى متعين فيما يجب الرجوع فيه إلى هذا الفقه ، على النحو الذى سبق بيانه .

(٢) أنظر المقدمة التى وضعها الأستاذ سالى يقدم بها كتاب الأستاذ جنى المعروف فى « طرق تفسير القانون الخاص » .

أحكام هذه الشريعة ، مع ملاحظة ما جاء فى المادة الأولى من المشروع من اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً من مصادر القانون ومن أن للقاضى أن يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية كلما كان هناك محل لذلك . (ثالثا) أما الأحكام القليلة التى اشتقت من تقنينات أجنبية فى موضوعات جديدة مستقلة (المؤسسات ، حوالة الدين ، ملكية الأسرة ، اتحاد الملاك ، الإعسار المدنى ، تصفية التركات) فقد روعى فى وضعها أن تكون متمشية مع البيئة المصرية ، متفقة مع العرف والعادات ، متناسقة مع سائر أحكام المشروع . وبذلك تكون قد انعزلت من مصادرها وأصبح لها كيان ذاتى قوامه تساندها مع غيرها من نصوص ، ويرجع فى تفسيرها إلى النصوص ذاتها وما درج عليه القضاء فى مثل هذه الأحوال »[1] .

وأما ماجاء فى تقرير اللجنة التشريعية بمجلس النواب فى هذا الصدد ، فهذا هو : « ولا يسع اللجنة ، وهى تختم تقريرها ، إلا أن تسجل الكلمة القيمة التى أدلى بها مندوب

(١) وقد أقرت الحكومة هذا البيان . وهو بيان عهدت لجنة القانون المدنى إلى رئيسها حضرة الشيخ المحترم محمد محمد الوكيل (باشا) فى أن يدلى به أمام مجلس الشيوخ ، وقد أدلى به فعلا أمام المجلس ، وقدم له فى خطابه بالعبارات الآتية : « ولا يحسن أحد أن تعدد المصادر على الوجه المتقدم أفقد المشروع ما كان ينبغى أن يتوافر له من أسباب التماسك والتناسق . فالواقع أن هذه المصادر جميعاً تتقارب فى مشاربها . فقواعد التقنين الحالى وما يكملها من اجتهاد القضاء عاشا جنباً إلى جنب مع الشريعة الإسلامية والقواعد المستمدة منها . ثم إن القواعد المستمدة من القوانين الحديثة تمثل التقدم العلمى الذى تحقق على أساس تطور القديم . وهل خطت مصر خطوة واسعة فى تشريعاتها إلا على أساس تخير الصالح من مختلف المصادر بل ومن تشريعات متباينة . والواقع أن العبرة فى التقنين بتماسك الحلول وتواصلها ، فقد يتم هذا التواصل وذاك التماسك رغم تعدد المصادر إذا بذلت العناية الواجبة فى هذا الشأن ، وقد ينتفيان رغم وحدة المصدر إذا قصرت هذه العناية عن تحقيق الغرض . والمشروع المعروض قد وفق فى التأليف بين القواعد التى استقاها من المصادر التى تقدمت الإشارة إليها ، وقد يسر له ذلك اعتماده اعتماداً أولياً ورئيسياً على التقنين الحالى وقضاء المحاكم المصرية وأحكام الشريعة الإسلامية كما أسلفنا . ومن الواجب أن أشير فوق هذا كله إلى أن تنقيح القانون المدنى فى أية دولة من الدول فى الوقت الحاضر لا يمكن أن يغفل تقدم التقنينات فى الدول الأخرى ، أو يهمل الاسترشاد بها والاقتباس منها . وأبلغ شاهد على ذلك ما وقع فى التقنين المدنى السويسرى واللبنانى والبولونى والإيطالى والمشروع الفرنسى الجديد . وقد أثار بعض حضرات رجال القانون مسألة مصادر المشروع ، وقدموا فى هذا الشأن بعض ملاحظات تعرض لتفهم أحكام المشروع وتفسيرها وتطبيقها . وكانت اللجنة قد أوفت هذه المسألة حقها من البحث فى تقريرها ، وقت من ناحيتى بتوضيح الأمر فى كلمتى هذه ، إلا أنه رغبة فى زيادة الإيضاح ، وتأكيداً للمعنى الذى ذهبت إليه اللجنة ، عهدت إلى أن أدلى برأيها فى هذا الموضوع الهام بالبيان التالى : (أولا) أن الغالبية العظمى من أحكام هذا المشروع...الخ » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١١٦ و١١٧ وص ١٦١ و١٦٢) .

الحكومة بعد الانتهاء من بحث المشروع وهى : أن النصوص التشريعية الواردة فى هذا المشروع لها من الكيان الذاتى ما يجعلها مستقلة كل الاستقلال عن المصادر التى أخذت منها . ولم يكن الغرض من الرجوع إلى التقنينات الحديثة أن يتصل المشروع بهذه التقنينات المختلفة اتصال تبعية فى التفسير والتطبيق والتطور ، فإن هذا حتى لو كان ممكناً ، لا يكون مرغوباً فيه . فمن المقطوع به أن كل نص تشريعى ينبغى أن يعيش فى البيئة التى يطبق فيها ، ويحيا حياة قومية توثق صلته بما يحيط به من ملابسات ، وما يخضع له من مقتضيات فينفصل انفصالا تاماً عن المصدر التاريخى الذى أخذ منه ، أياً كان هذا المصدر . وقد حان الوقت الذى يكون لمصر فيه قضاء ذاتى وفقه مستقل . ولكل من القضاء والفقه ، بل على كل منهما ، عند تطبيق النص أو تفسيره ، أن يعتبر هذا النص قائماً بذاته ، منفصلاً عن مصدره ، فيطبقه أو يفسره تبعاً لما تقتضيه المصلحة ، ولما يتسع له التفسير من حلول تفى بحاجات البلد ، وتساير مقتضيات العدالة . وبذلك تتطور هذه النصوص فى صميم الحياة القومية ، وتثبت ذاتيها ، ويتأكد استقلالها ، ويتحقق ما قصد إليه واضعو المشروع من أن يكون لمصر قانون قومى يستند إلى قضاء وفقه لهما من الطابع الذاتى ما يجعل أثرهما ملحوظاً فى التطور العالمى للقانون » .

« وترحب اللجنة بهذه الفرصة الطيبة التى ستتاح للقضاء والفقه فى مصر ، عند تطبيق هذه النصوص وتفسيرها ، فى أن يجدا المكان الفسيح للاجتهاد والاستنباط بعد أن انفك عنهما غل القيد بمتابعة قانون واحد معين فى نصوصه التشريعية وفى قضائه وفقهه ، بل بعد أن أصبحا فى حل ، وقد انفصلت النصوص عن مصادرها ، من التقيد بمتابعة أى قانون معين ، فخرجا بذلك من باب التقليد الضيق إلى ميدان الاجتهاد الفسيح[1] » .

وهذا ما جاء أخيراً فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ : « أما ما يقال عن صعوبة التفسير وإلزام القاضى بالرجوع إلى فقه دول متعددة للوقوف على مفهوم نص معين ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٣٢ .

فترى اللجنة أن النصوص متى أدمجت فى التقنين انعزلت عن مصادر الاستئناس ، وأصبح لها كيان ذاتى قوامه تساندها مع غيرها من نصوص هذا التقنين ، وأثرها فى البيئة التى تعيش فيها ، وانفعالها بظروف هذه البيئة . فما نقل من الصيغ أو النصوص عن تشريعات أو تقنينات أجنبية وصل بنصوص أخرى فى المشروع تحددت دلالتها من قبل فى التقنين الحالى وفى الفقه المصرى وأحكام القضاء فى مصر ، وهذا التآلف هو أول بل وأهم عنصر من عناصر التفسير »[1] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٣٦ — ص ١٣٧ .

هذا وقد ساور بعض رجال القانون خشية من أن التقنين الجديد قد تعوزه وحدة منسجمة يرجع إليها فى تفسير ما غمض من نصوصه وفى تكميل ما نقص من أحكامه (انظر مارافان فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٤٢ — الدكتور شفيق شحاته فى جريدة المحاكم المختلطة عدد ٣٥٤٦ بتاريخ ٤ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٥) . وهذه الخشية لا مبرر لها . فإن المصدر الأساسى للتقنين الجديد لا يزال هو النظام اللاتينى ، ممثلا فى نصوص التقنين القديم وفى أحكام القضاء المصرى ، وممثلا كذلك فى التقنينات اللاتينية القديم منها والحديث ، ومقترناً بأحكام من الفقه الإسلامى تعود التشريع المدنى المصرى أن يراها متآلفة مع النظام اللاتينى طوال السنين السابقات . ولم يدخل النظام الجرمانى فى التقنين الجديد إلا بقدر ، وفى الحدود اللازمة لإصلاح عيوب النظام اللاتينى .

وسنعود إلى هذا الموضوع بتفصيل أوفى .

(٣)

الفروق الجوهرية ما بين التقنينين القديم والجديد

(ما استحدث التقنين الجديد من أحكام ، وما قننه وكان معمولا به من قبل)

* * *

فى غير ما أضاف التقنين الجديد سداً لنقص بين كان ملحوظاً فى التقنين القديم ، وفى غير ما عالج من عيوب كانت بارزة فى النصوص القديمة ، وفى غير التبويب وقد عولجت فيه عيوب التقنين القديم على النحو الذى قدمناه ، لم يحمل التقنين الجديد فى نصوصه وأحكامه شيئاً يغاير ما كان التقنين القديم يتضمن من نصوص وأحكام .

ويمكن رد الفروق الجوهرية ما بين التقنينين القديم والجديد إلى أصلين : الأصل الأول هو ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولا بها من قبل . والأصل الثانى هو ما قنن من أحكام كان معمولا بها من قبل ولكن نصوص التقنين القديم كانت تقصر عن تأديتها .

١ — ما استحدث التقنين الجديد من أحكام لم يكن معمولا بها من قبل

استحدث التقنين الجديد موضوعات كاملة لم يعرض لها التقنين القديم مع شدة الحاجة إليها ، ومسائل أخرى تفصيلية تناثرت فى أبوابه المختلفة .

(١) موضوعات كاملة :

هذه الموضوعات هى المؤسسات والإعسار المدنى وحوالة الدين وتصفية التركة .

أولا — المؤسسات (م ٦٩ — ٨٠) :

لم يكن التقنين القديم يعرف المؤسسات (fondations) . وكان نظام الوقف المعروف يؤدى بعض الأغراض التى وجدت المؤسسات من أجلها ، وبخاصة الوقف الخيرى

الذى يرصد مباشرة على جهات البر . ولـكن نظام الوقف فى كثير من الحالات يضيق عن الوفاء بأغراض المؤسسات ، حتى أن كثيراً من المؤسسات الاجتماعية والخيرية فى مصر لم يتسع لها هذا النظام ، فاتخذ نظام جمعية عادية على ما فى ذلك من ضيق وحرج ، أو اتخذ بطريق مباشر شكل مؤسسة ، ولم يبال بانعدام النصوص القانونية التى تقرر أحـكام المؤسسات . من أجل ذلك أدخل القانون الجديد نظام المؤسسات ، وأورد النصوص التى تقرر أحكامها .

وتتلخص هذه النصوص فى أن المؤسسة شخص اعتبارى يقوم على تخصيص مال لغرض لا ينطوى على ربح مادى . فيدخل فى ذلك أعمال البر والأعمـال العلمية والفنية والرياضية والدينية وغير ذلك من أعمال النفع العام . وتختلف المؤسسة عن الجمعية فى أن الأولى تقوم على مال يخصص للغرض المقصـود ، أما الأخرى فتقوم على جماعة من الأشخاص تتكون منهم الجمعية . وتختلف المؤسسة عن الوقف فى أن الوقف لا يكون إلا فى العقار ، أما المنقول فلا يوقف منه إلا ما تعورف الوقف فيه . هذا إلى أن الوقف يخضع لنظام لا مرونة فيه ، ولا يتسع لإنشاء مستشفيات وملاجىء ومعاهد وهيئات أخرى يتسع لها نظام المؤسسات بما انطوى عليه من مرونة[1] .

وأداة تـكوين المؤسسة هى إرادة المؤسس الذى خصص المال . وتفرغ هذه الإرادة فى صورة سند رسمى إذا أنشأ المؤسسة حال حياته ، أو فى صورة وصية إذا كان الإنشاء

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هـذا الصدد ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالمؤسسات فالأمر أدق ، إذ يجوز التساؤل عما إذا كان من المناسب إنشاء نظام آخر لحبس الأموال فى بلد لا يزال نظام الوقف مطبقاً فيه وفقاً لقواعد الشريعة الإسلامية . على أن هذا التساؤل لا يلبث أن يفضى إلى وجوب الأخذ بنظام المؤسسات ، فثمة مؤسسات فى مصر لم تتخذ شكل الوقف كالمدرسة العبيدية التى أنشئت فى سنة ١٨٦١ وملجأ أيتام سبتزوروبولو الذى أنشىء فى سنة ١٩٢٨ . ثم إن من المصريين من أراد أن ينشىء مستشفيات ومعاهد يخرجها مخرج المؤسسات لا مخرج الوقف ، فلم يجد أمامه إلا سبيل الهبة للحكومة للانفاق على هذه المنشآت . وثمة مؤسسة بناريو أو « قطرة الحليب » وهو ملجأ أيتام إسرائيلى اتخذ شكل جمعية عند إنشائه مع أن منشئه كان يقصد أن يجعل منه مؤسسة . فالحاجة إلى إنشاء مؤسسات تختلف عن الوقف قد عنت للناس فى مناسبات متعددة . ولذلك يكون من الخير أن يوضع تشريع للمؤسسات لتشجيع البر وإقامة هذه المنشآت على قواعد مستقرة تـكفل تحقيق الأغراض التى رصدت على خدمتها » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٣٧١) .

بعد الموت . ولم يجعل التقنين الجديد إنشاء المؤسسات خاضعاً لموافقة السلطة التنفيذية كما فعل التقنين الألمانى والقانون البلجيكى . بل لم يجعل لهذه السلطة حق الاعتراض على إنشاء المؤسسات كما أشارت بذلك جمعية البحوث التشريعية فى فرنسا . ولكنه أخضع المؤسسات لرقابة وكلها إلى الجهة التى تعينها السلطة التنفيذية . وقد تكون هذه الجهة هى وزارة الشؤون الاجتماعية أو النيابة العامة أو أية مصلحة أخرى تعين لهذا الغرض . والقضاء هو الحكم ما بين المؤسسة وجهة الرقابة إذا هما اختلفتا فى أمر جوهرى .

وللقضاء أيضاً أن يعدل فى النظام الذى تدار به المؤسسة . وله أن يخفف من التكاليف والشروط المقررة فى سند الإنشاء ، بل له أن يلغيها إذا كان الإلغاء لازماً للمحافظة على أموال المؤسسة أو ضرورياً لتحقيق الغرض من إنشائها . وله أخيراً أن يحكم بإلغاء المؤسسة ذاتها إذا أصبحت فى حالة لا تستطيع معها تحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله ، أو إذا أصبح هذا الغرض غير ممكن التحقيق ، أو إذا صار مخالفاً للقانون أو للآداب أو للنظام العام . وفى هذه الأحكام الأخيرة من التوسعة والترخص ما يجعل نظام المؤسسات أكثر مرونة من نظام الوقف .

ثانياً — الإعسار المدنى (م ٢٤٩ — ٢٦٤) :

كثيراً ما عرض التقنين القديم للاعسار ، ورتب عليه نتائج خطيرة . ولكنه أغفل تنظيم هذا الإعسار ، فصارت الأمور إلى الفوضى : لا الدائنون بمطمئنين لتصرفات مدينهم المعسر ، ولا هم مطمئنون بعضهم لبعض ، ولا المدين بمطمئن لهم جميعاً . فنظم التقنين الجديد الإعسار تنظيما راعى فيه مصلحة الدائن ومصلحة المدين معاً ، وتحاشى أن تكون هناك تصفية جماعية لأموال المدين المعسر حتى يجنبه ما يستتبع ذلك عادة من إرهاق وعنت . وراعى فيما يتعلق بالمدين أنه أصبح موكولا إلى نظام أوضح حدوداً ، فلم يعد يلحق به وصف الإعسار لمجرد زيادة دينه على ماله ، بل يشترط أن تكون أمواله غير كافية لوفاء ديونه مستحقة الأداء ، والقاضى على كل حال لا يشهر إعساره إلا بعد أن

يقدر جميع الظروف التى أحاطت به ، سواء أكانت هذه الظروف عامة أم خاصة ، فينظر إلى موارده المستقبلة ومقدرته الشخصية ومسئوليته عن الأسباب التى أدت إلى إعساره ومصالح دائنيه المشروعة وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى حالته المالية . وإذا شهر إعسار المدين فليس من الحتم أن تحل ديونه المؤجلة ، إذ يجوز للقاضى أن يبقى على الأجل، وله أن يمد فيه ، بل إن للقاضى أن يسير إلى مدى أبعد ، فينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء ذاتها . وبهذا تتاح للمدين المعسر تصفية ديونه وديا فى أحسن الظروف ملاءمة . والمدين فى سبيل التصفية يجوز له أن يتصرف فى ماله ولو بغير رضاء الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وعلى أن يقوم بإيداع الثمن خزانة المحكمة لتوزيعه على الدائنين . وللمدين فوق ذلك ، إذا وقع الدائنون الحجز على إيراداته ،أن يطلب إلى القضاء نفقة يتقاضاها من إيراداته المحجوزة .

هذا هو حال المدين من اليسر فى هذا النظام . أما الدائنون فيكفل لهم نظام الإعسار من الحماية ما لم يكن متاحاً لهم فى ظل التقنين القديم . ذلك أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار يكون من أثره ألا ينفذ أى اختصاص ، يقع بعد التسجيل على عقارات المدين ، فى حق الدائنين السابقة ديونهم على هذا التسجيل . كذلك لا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين . وتعزيزاً لحماية الدائنين من تصرفات المدين ، قرر التقنين الجديد توقيع عقوبة التبديد على المدين إذا ارتكب عملا من أعمال الغش البين إضراراً بدائنيه .

ويتبين مما قدمناه أن النظام الذى وضعه التقنين الجديد للاعسار يكفل التوفيق بين جميع المصالح المتعارضة ، فهو يحمى المدين من دائنيه . ويحمى الدائنين من مدينهم ، ويحمى الدائنين بعضهم من بعض .

ثالثاً — حوالة الدين (م ٣١٥ — ٣٢٢) :

لم يكن التقنين القديم يعرف فى انتقال الالتزام إلا حوالة الحق ولم يكن ينظم حوالة

الدين مع وضوح الحاجة إليها . فأضاف التقنين الجديد إلى حوالة الحق حوالة الدين جرياً على سنن التقنينات الحديثة . هذا إلى أن الفقه الإسلامى قد نظم حوالة الدين تنظيماً محكماً دقيقاً ، وإن كان لم ينظم حوالة الحق .

وفى التقنين الجديد تتم حوالة الدين إما باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين دون حاجة إلى قبول الدائن ، وإما باتفاق بين الدائن وشخص آخر يتحمل قبله الدين دون حاجة إلى قبول المدين . فإذا تمت الحوالة ، جاز للدائن أن يطالب المدين الجديد بالدين ذاته ، وجاز للمدين الجديد أن يتمسك قبل الدائن بالدفوع التى كان للمدين الأصلى أن يتمسك بها . ويضمن المدين الأصلى للدائن أن يكون المدين الجديد موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة .

وقد طبق التقنين الجديد حوالة الدين تطبيقاً نافعاً فى حالة تعرض كثيراً فى العمل ، هى حالة بيع العقار المرهون رهناً رسمياً . فإنه يجوز أن يتفق البائع والمشترى على حوالة الدين المضمون بالرهن ليتخلص البائع من الدين المترتب فى ذمته بالحوالة كما تخلص من الرهن ببيع العقار المرهون .

رابعاً — تصفية التركة (م ٨٧٦ — ٩١٤) :

من العيوب البارزة فى التقنين القديم أنه فى الوقت الذى كان يقر فيه القاعدة الشرعية المعروفة التى تقضى بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، ولو أنه لم ينص عليها فى عبارة صريحة ، لم يكن يضع نظاماً لتصفية التركة ، حتى يتسلمها الورثة خالية من الديون ما دامت التركة لا تنتقل إليهم إلا بعد سدادها . وقد كان إغفال هذا النظام سبباً فى أن يقع القضاء والفقه فى مصر فى كثير من الاضطراب والارتباك ، فأراد التقنين الجديد أن يتلافى هذا النقص الخطير بوضع نصوص مفصلة ينظم بها تصفية التركة .

وبحسبنا هنا أن نحيل القارىء على هذه النصوص ، وهى تعتبر دون ريب من أهم ما استحدثه التقنين الجديد .

(ب) مسائل تفصيلية متنوعة :

إلى جانب هذه الموضوعات الكاملة استحدث التقنين الجديد أحكاماً أخرى تفصيلية نتعقب أهمها فيما يأتى :

فى الباب التمهيدى : عددت المادة الأولى مصادر القانون ، فذكرت الفقه الإسلامى من بينها ولاشك فى أن هذا كسب جديد للشريعة الإسلامية ، لم تظفر به إلا فى التقنين الجديد .

وفى الكتاب الأول : وهو الكتاب الذى خصص للالتزامات بوجه عام استحدث التقنين الجديد[١] عدا نظرية الحوادث الطارئة (م١٤٧) مسئولية عديم التمييز ، فنص على أنه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعياً فى ذلك مركز الخصوم (أنظر م ١٦٤ فقرة ٢) . واستحدث كذلك مسئولية مبنية على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس عن الآلات الميكانيكية وعن الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة (أنظر م ١٧٨) وأجاز فى المادة ١٧٠ للقاضى ، إذا لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير .

وفى آثار الالتزام ، أجاز فى المادة ٢٠٣ (فقرة ٢) للمدين إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق له ، أن يقتصر على دفع تعويض نقدى إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيما . وأجازت المادة ٢١٩ أن يتم إعذار المدين عن طريق البريد على الوجه المبين فى تقنين المرافعات[٢] . أما فى الفوائد ، فقد استحدث التقنين الجديد (م٢٢٦—٢٢٧) أحكاماً هامة ترمى إلى الحد منها مجاراة للنزعة السائدة فى القوانين الحديثة ، فخفض السعر القانونى للفوائد إلى ٤٪ فى المسائل المدنية وإلى ٥٪ فى المسائل التجارية ، وخفض السعر الاتفاقى إلى ٧٪ . ونص صراحة على أنه يتعين رد ما دفع زائداً على هذا المقدار . وأخذ بيد المدين

(١) من المسائل التفصيلية التى استحدثها التقنين الجديد ، ونكتفى بالإشارة إليها فى هذه الحاشية ، بقاء التعبير عن الإرادة بعد موت صاحبه أو فقده لأهليته (م ٩٢) .

(٢) ألغيت المواد من ١٥ — ١٩ من قانون المرافعات (وهى الخاصة بالاعلان على يد محضر بطريق البريد) وذلك بموجب القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٦٢ .

فى حالتين أعفاه فيهما من دفع الفوائد أو خفض منها : الحالة الأولى هى حالة ما إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه فى إطالة أمد النزاع ، فللقاضى أن يخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية ، أو لا يقضى بها إطلاقاً ، عن المدة التى طال فيها النزاع بلا مبرر (م ٢٢٩) . والحالة الأخرى هى حالة ما إذا رسا المزاد فى العين المحجوز عليها وفاء للدين ، فلا يكون الدائنون مستحقين لفوائد التأخير إلا إذا كان الراسى عليه المزاد ملزماً بدفع فوائد الثمن أو كانت خزانة المحكمة ملزمة بهذه الفوائد ، على ألا يجاوز ما يتقاضاه الدائنون من فوائد فى هذه الحالة ما هو مستحق منها قبل الراسى عليه المزاد أو خزانة المحكمة (م ٢٣٠) وفى هذا رفق واجب بالمدين . واستكمالا للقيود الهامة التى فرضها التقنين الجديد على الفوائد ، نصت المادة ٢٣٢ على أنه لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، ونصت كذلك على تحريم الفوائد المركبة تحريماً تاماً . وأدخل التقنين الجديد تعديلا هاماً على قواعد الدعوى البولصية ، فنص فى المادة ٢٤٠ على أنه متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف إضراراً بهم . وكان التقنين القديم لا يجعل أحداً يستفيد من هذه الدعوى غير الدائن الذى باشرها . ورد التقنين الجديد (م٢٤٦) الحق فى الحبس إلى تكييفه القانونى الصحيح ، فجعله دفعاً بعدم التنفيذ ، لا حقاً عينياً كما كان يذهب التقنين القديم ، فأزال هذا التكييف الصحيح ما كان يعترض الحق فى الحبس من صعوبات ترجع إلى القواعد الخاصة بشهر الحقوق العينية ، ومكن من تعميم هذا الحق فى جميع صوره المنطقية عن طريق رده إلى قاعدة عامة ، بعد أن كان مقصوراً فى التقنين القديم على حالات معينة ذكرت على سبيل الحصر .

وفى حوالة الحق ، جعلت الحوالة تتم دون حاجة إلى رضاء المدين (م ٣٠٣) وكان التقنين القديم — الوطنى دون المختلط — يشترط هذا الرضاء . وكان فى هذا تعطيل للتعامل لا مبرر له ، وتخلف عن التمشى مع القوانين الحديثة تحت أثر وهم خاطىء بأن هذا هو حكم الفقه الإسلامى ، والحق أن هذا الفقه غير مسئول عن هذا العيب ، لأنه لا يعرف حوالة الحق

أصلا . وقد توهم بعض الفقهاء المصريين أن ما يسميه الفقه الإسلامى فى دقة تامة بحوالة الدين ، ويشترط فيه رضاء المدين ، هو هذا الذى نسميه نحن فى قوانيننا الحديثة بحوالة الحق ، والفرق ظاهر بين الحوالتين .

وفى انقضاء الالتزام ، جعل التقنين الجديد الإبراء يتم بإرادة الدائن وحدها دون حاجة إلى رضاء المدين (م٣٧١) وكان التقنين القديم يشترط هذا الرضاء ، وفى هذا التجديد رجوع إلى قواعد الفقه الإسلامى . أما التقادم فقد جعلت مدته ثلاث سنوات فى الالتزامات التى تنشأ من مصادر غير تعاقدية ، كالالتزامات التى تنشأ من العمل غير المشروع وتلك التى تنشأ من قواعد الإثراء بلا سبب كالفضالة واسترداد ما دفع دون حق . وقد نحا التقنين الجديد فى هذا التجديد منحى التقنينات الحديثة . والحكمة فى ذلك ظاهرة ، فإن الالتزام الذى يفرضه القانون على المدين فرضاً ولا يرجع فيه إلى إرادته لا يجوز أن يبقى فى الذمة أكثر من ثلاث سنوات من وقت العلم به ، بخلاف ما ارتضاه المدين بإرادته من الالتزامات التى تعاقد عليها ، فهذه تدوم خمس عشرة سنة . وجعل التقنين الجديد الحق فى إبطال العقد لنقص فى الأهلية أو لعيب من عيوب الرضاء يتقادم هو أيضاً بثلاث سنوات ، حتى يستقر التعامل ولا يبقى سيف الإبطال مصلتاً على العقود يتهددها بالزوال مدة طويلة .

وفى الكتاب الثانى : وهو الكتاب الذى خصص للعقود المسماة ، أدخل التقنين الجديد فى البيع تعديلين متفاوتين فى الأهمية . أولهما يجعل دعوى الضمان فى العيوب الخفية لا تسقط إلا بسنة كاملة (م ٤٥٢) وكانت فى التقنين القديم تسقط بثمانية أيام وهى مدة شديدة القصر . والتعديل الثانى ، وهو أهم بكثير من التعديل الأول ، حرم بيع الوفاء تحريماً باتاً (م ٤٦٥) ، وهذه هى نهاية الشوط فى مراحل التطور لهذا البيع . فقد كان من قبل جائزاً دون قيد . ولما استكثر التعامل منه ضروباً هى رهن حيازة مستتر يخفى الربا الفاحش ، حرمه المشرع المصرى فى صورته الساترة للرهن . وقد دلت التجارب على أن بيوع الوفاء فى مصر ليست إلا رهوناً مستترة ، فأبطلها التقنين الجديد جميعاً ، فى صورتيها الساترة والسافرة .

وفى عقـد الشركة أدخل التقنين الجديد تعديلا فى حالة ما إذا كانت حصة أحد الشركاء مقصورة على عمله . فقد كان التقنين القديم يجعل نصيب هذا الشريك فى الربح أقل الأنصبة ، وقد يكون عمله هو النشاط الجوهرى الذى تقوم عليـه الشركة . فنصت المادة ٥١٤ (فقرة ثالثة) من التقنين الجديد على أن هـذا الشريك يقدر نصيبه فى الربح والخسارة تبعاً لما تفيده الشركة من عمله ، وهذا هو الحكم العادل .

وكان التقنين القديم – جرياً على سنن القانون الفرنسى ومن قبله القانون الرومانى – يسمى طائفة من العقود ، هى القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة ، عقوداً عينية ويجعلها لا تتم إلا بالتسليم . وعينية هذه العقود بقيـة تخلفت عن القانون الرومانى . فقد كان هذا القانون لا يسلم بأن رضاء المتعاقدين وحده كاف لانعقاد العقد فى غير طائفة معينة من العقود سماها عقوداً رضائية . وكان يتطلب فى كل طائفة من طوائف العقود الأخرى ركناً غير الرضاء يختلف باختلاف كل طائفة . فكان يقتضى فى طائفة العقود العينية ركن التسليم . والآن وقد أصبح رضاء المتعاقدين كافياً لانعقاد العقد فى غير طائفة العقود الشكلية ، فقد زالت الحكمة فى اشتراط العينية فى بعض العقود ، ولم يعد هناك مسوغ لبقائها ، وقد اختفت فعلا فى كثير من التقنينات الحديثة . واختفت كذلك فى التقنين الجديد[1] .

وفى عقد القرض استحدث التقنين الجديد حكماً هاماً ، فنص فى المادة ٥٤٤ على أنه إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضـه ، على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن الستة الأشهر التالية

---

(١) هذا مع استثناء هبة المنقول ، فإنها تتم فى إحدى صورتيها بالقبض تمشياً مع أحكام الشريعة الإسلامية . وقد نصت المادة ٤٨٨ فى هذا الصدد على ما يأتى : « ١ – تكون الهبة بورقة رسمية ، وإلا وقعت باطلة ، ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . ٢ – ومع ذلك يجوز فى المنقول أن تتم الهبة بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية » . ويستخلص من هذا النص أن هبة المنقول ، إذا لم تختف تحت ستار عقد آخر ، تتم إما بورقة رسمية وإما بالقبض .

للاعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض فى الرد ، أو الحد منه .

وفى عقد الإيجار استحدث التقنين الجديد تعديلا هاماً ، فجعل التزام المؤجر التزاماً إيجابياً هو أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة (م ٥٨٨) ، وكان التزام المؤجر فى التقنين القديم التزاماً سلبياً يقتصر على ترك المستأجر ينتفع بالعين . واقتضى هذا التعديل الجوهرى نصاً صريحاً فى التقنين الجديد (م ٥٧٦) يلزم المؤجر بضمان العيوب الخفية . كذلك حذف التقنين الجديد نصاً كان موجوداً فى التقنين القديم ، يقضى أن يكون إثبات عقد الإيجار بالكتابة ، إذ لا يوجد مسوغ لهذا الخروج على القواعد العامة .

وعلى النقيض من عقد الإيجار ، يقتضى عقد الكفالة تشدداً من ناحية الإثبات ، فإن الكفيل يكون متبرعاً فى أكثر الأحيان ، ويغلب أن يكون قد تورط فى كفالة لا تلبث أن تعود عليه بالغرم ، ومن ثم وجب التثبت من رضائه بالكفالة . فنص التقنين الجديد على أن هذا العقد لا يثبت إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام المكفول بالبينة (م ٧٧٣) .

وفى الكتاب الثالث : وهو الكتاب الذى خصص للحقوق العينية الأصلية ، استحدث التقنين الجديد تعديلات هامة فى حق الملكية وأسباب كسبها . فأجاز لكل مالك أن يجبر جاره على وضع حدود لأملاكهما المتلاصقة ، وتكون نفقات التحديد شركة بينهما (م ٨١٣) ، وقيد المطل المنحرف بأن يكون على مسافة تقل عن خمسين سنتيمتراً من حرف المطل (م ٨٢٠) . ووضع قواعد لإدارة المال الشائع جعل فيها الحكم لأغلبية الشركاء إذا تعنتت الأقلية ووقفت حجر عثرة فى سبيل الإصلاح (م ٨٢٨) ، وجعل الحكم لأغلبية الشركاء كذلك حتى لو قررت هذه الأغلبية ، فى سبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع ، من التغييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له المال الشائع ما يخرج عن حدود الإدارة المعتادة (م ٨٢٩) ، بل وحتى لو قررت التصرف فى المال الشائع مستندة فى ذلك إلى أسباب قوية (م ٨٣٢) . وقصرت المادة ٨٣٣ حق استرداد الحصة الشائعة على المنقول ، أما العقار فاكتفى فيه بالشفعة ، وبذلك حدد التقنين الجديد

تحديداً عملياً واضحاً نطاق كل من نظامين متقاربين ، أخذ أحدهما من التقنين الفرنسى وهو حق الاسترداد ، وأخذ الآخر من الفقه الإسلامى وهو الشفعة . وأدخل التقنين الجديد فى الملكية الشائعة نظامين جديدين ، هما نظام ملكية الأسرة (م ٨٥١ — ٨٥٥) ونظام اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢ — ٨٦٩) . أما النظام الأول فالغرض منه تنظيم إدارة المال الشائع ما بين أعضاء الأسرة الواحدة تنظيما من شأنه أن يجعل هذه الإدارة ميسرة . فأجيز الاتفاق على إنشاء ملكية للأسرة تبقى مدة تطول إلى خمس عشرة سنة لا يجوز فى خلالها لأحد من الشركاء أن يطلب القسمة . وجعل للشركاء الحق فى تعيين واحد منهم لإدارة المال الشائع ، وأعطى لهذا المدير سلطة واسعة تصل إلى حد أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشترك ما يحسن طرق الانتفاع به . وهذا النظام يستجيب لحاجة من حاجات المجتمع المصرى فى الريف . فكثيراً ما تستبقى الأسرة الأرض شائعة بين الورثة بعد موت المورث ، ويتولى الإدارة كبير الأسرة . فأوجد التقنين الجديد نظاماً مستقراً لهذه الحالة . والنظام الآخر — نظام اتحاد الملاك — يراد به تيسير السبيل للأوساط من الناس أن ينشئوا مساكن تكون ملكا لهم ، فأجيز تكوين اتحاد لبناء المساكن أو مشتراها وتوزيع ملكية طبقاتها على أعضاء الاتحاد ، كما أجيز لملاك طبقات البناء أن يكونوا اتحاداً فيما بينهم . ويضع الاتحاد ، فى كل من هاتين الصورتين ، نظاماً لضمان حسن الانتفاع بالعقار المشترك ، ويكون له مأمور يتولى تنفيذ قراراته . وفى هذا تيسير لإدارة المرافق المشتركة للمبانى ذوات الطبقات ، وتشجيع على إنشاء هذه المبانى ، مما يعين على التفريج من أزمة المساكن فى المدن المكتظة بالسكان .

وفى الاستيلاء كسبب للملك ، اشترط التقنين الجديد فيمن يحيى الأرض الموات بقصد تملكها أن يكون مصرياً (م ٨٧٤ فقرة ٣) ولم يكن هذا الشرط واجباً فى التقنين القديم .

وفى الالتصاق ، إذا أقام شخص منشآت على أرض الغير وكان يعتقد بحسن نية أن له الحق فى إقامتها ، خير صاحب الأرض بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع

مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت . وقد استحدث التقنين الجديد هنا حكماً ، فأجاز فى الفقرة الثانية من المادة ٩٢٥ لصاحب الأرض ، إذا كانت المنشآت قد بلغت حداً من الجسامة يرهقه ، أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل . وفى حالة أخرى ، إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة ، أجازت المادة ٩٢٨ للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء وذلك فى نظير تعويض عادل .

وفى الشفعة ، عالج التقنين الجديد نقصاً فى التقنين القديم ، فأباحت المادة ٩٤٠ لمن يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى ، وإلا سقط حقه . وكان التقنين القديم يسقط حق الشفيع أيضاً إذا لم يعلن الرغبة فى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالبيع ، وكانت واقعة العلم هذه تثير منازعات كثيرة من ناحية الإثبات ، فوقف التقنين الجديد عند الإنذار الرسمى دون العلم . وضيق التقنين الجديد حق الأخذ بالشفعة عما كان الأمر عليه فى التقنين القديم وذلك من نواح عدة : أوجب فى خلال ثلاثين يوماً من إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة أن يودع الشفيع خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع (م ٩٤٢) وأن يقيد دعوى الشفعة بالجدول (م ٩٤٣) ، وأسقط الحق فى الأخذ بالشفعة بمقتضى المادة ٩٤٨ إذا انقضت أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (وفى التقنين القديم إذا انقضت ستة أشهر) أو نزل الشفيع عن هذا الحق ولو قبل البيع (وفى التقنين القديم لم يكن يعتد بنزول الشفيع عن الحق قبل البيع) ، كما لم يجز الأخذ بالشفعة ، بمقتضى المادة ٩٣٩ ، إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (وفى التقنين القديم لم يكن يجوز الأخذ بالشفعة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الثالثة) .

وفى الكتاب الرابع : وهو الكتاب الذى خصص للتأمينات العينية ، عالج التقنين

الجديد فى الرهن الرسمى رهن الحصة الشائعة ، فنصت المادة ١٠٣٩ على أن الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع يبقى نافذاً أياً كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد أو على بيعه لعدم إمكان قسمته ، وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة فى العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار ، ثم وقع فى نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها ، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهوناً فى الأصل . وهذا الحكم الجديد من شأنه أن يطمئن مرتهن الحصة الشائعة على ضمانه . وميز التقنين الجديد (م ١٠٣٣) بين رهن ملك الغير ويقع قابلا للابطال ، ورهن المال المستقبل ويقع باطلا . وأجاز للدائن (م ١٠٦٧) أن يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره دون أن يكون مضطراً إلى زيادة العشر كما كان الأمر فى التقنين القديم .

ولم يلغ التقنين الجديد حق الاختصاص ، ولكنه قلل من عيوبه إلى حد بعيد . فأوجب أن يكون بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ فقرة ١) . وأجاز لكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين (م ١٠٩٤ فقرة ١) ، ولم يستلزم ، من ناحية أخرى ، أن يقدم الدائن صورة رسمية من الحكم للحصول على حق الاختصاص ، بل اكتفى بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم (م ١٠٨٩) وهذه الشهادة يمكن الحصول عليها فى يوم صدور الحكم .

وسد التقنين الجديد ثغرة فى التقنين القديم بإيجاد حق امتياز للمقاولين والمهندسين المعماريين (م ١١٤٨) . وقد عجل قانون الشهر العقارى إصلاحاً آخر ، بأن جعل حق امتياز بائع العقار ورهن الحيازة العقارى خاضعين لنظام القيد دون نظام التسجيل .

هذه هى أهم الأحكام التى استحدثها التقنين الجديد . وغنى عن البيان أن أى حكم منها لا يسرى على الماضى ، ولا يطبق إلا فيما يستجد من الوقائع منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ نفاذ التقنين الجديد . وقد يثير عدم سريان هذه الأحكام على الماضى مشاكل نعالجها فى مواضعها من هذا الكتاب .

٣ — ما قنن التقنين الجديد من أحكام كان معمولا بها من قبل

وهذه طائفتان : طائفة هى الأحكام التى قررها القضاء المصرى دون نص فى ظل التقنين القديم ، وهى أحكام على درجة كبيرة من الأهمية والخطر ، ولم تكن مقننة فقننها التقنين الجديد . والطائفة الثانية أحكام كان منصوصاً عليها فى التقنين القديم ، ولكن النصوص كانت إما معيبة فهذبها التقنين الجديد ، أو مدسوسة فى مكان غير التقنين المدنى فنقلها التقنين الجديد إلى مكانها الصحيح .

(ا) الأحكام التى قررها القضاء المصرى فى ظل التقنين القديم دون نص فقننها التقنين الجديد :

هذه الأحكام تبلغ أكثر من نصف نصوص التقنين الجديد . فقد انتفع هذا التقنين انتفاعاً بعيد المدى بالقضاء المصرى السابق ، من وطنى ومختلط ، وقنن المبادىء الهامة التى أقرها هذا القضاء فى خلال سبعين عاماً عمل فيها فى ظل التقنين القديم .

فنى الباب التمهيدى ، وردت نصوص صريحة فى نظرية التعسف فى استعمال الحق وفى الأشخاص الطبيعية والاعتبارية وفى الجمعيات . وهذه المسائل لم يكن التقنين القديم يتناولها ، ولكن القضاء المصرى كان قد أقر مبادئها ووضع أسسها .

وفى نظرية الالتزام ، أخذ التقنين الجديد بأحكام القضاء المصرى فى طائفة كبيرة من النصوص . فنى العقد والتصرف القانونى نقل عن القضاء المصرى كيف تتوافق الإرادتان ، وكيف يتعاقد الغائبان ، وأورد نصوصاً صريحة فى مبادىء كان القضاء المصرى قد أقرها ، كالنيابة فى التعاقد ، والعقد الابتدائى ، والعربون ، والاستغلال ، وإنقاص العقد ، وتحويله ، والخلف الخاص ، وعقود الإذعان ، والتعهد عن الغير ، والدفع بعدم تنفيذ العقد ، والوعد بجائزة . وفى مصادر الالتزام غير العقد نقل عن القضاء مسائل كثيرة ، كعلاقة السببية فى المسئولية التقصيرية ، وأسباب دفع المسئولية ، وطرق التعويض المختلفة ، واجتماع التقادم المدنى والتقادم الجنائى ، ونظرية الإثراء بلا سبب . كذلك قنن التقنين

الجديد القضاء المصرى فى مسائل أخرى غير مصادر الالتزام ، كالالتزام الطبيعى ، والالتزام باتخاذ الحيطة ، ونظرية التهديد المالى ، والخطأ المشترك ، والاتفاق على الإعفاء من المسئولية ، والضرر المباشر ، والضرر الأدبى ، والمطالبة القضائية بالفوائد ، وجواز تخفيض الشرط الجزائى إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، ودعوى الصورية ، والوفاء بمقابل ، وتجديد الحساب الجارى ، والإنابة ، وتقادم الريع ، وتقادم الاستحقاق فى الوقف ، وبدء سريان التقادم ، ووقفه ، وانقطاعه ، والنزول عنه ، وتحديد الورقة الرسمية والورقة العرفية ، ودفاتر التجار ، والأوراق المنزلية ، وجواز منع توجيه اليمين الحاسمة ، وجواز إثبات الحنث فيها .

وفى العقود المسماة ، قنن التقنين الجديد أحكام القضاء فى البيع بالتقسيط ، وفى إقرار المشترى بالاستحقاق ، وفى ضمان صلاحية المبيع ، وفى تقديم الشريك نفوذه حصة فى الشركة ، وفى القواعد التى تنظم إدارة الشركة ، وفى المسئولية عن ديون الشركة ، وفى استمرار الشركة مع القصر ، وفى إثبات الصلح بالكتابة ، وفى ضمان المؤجر للعيوب الخفية ، وفى حريق العين المؤجرة ، وفى التحسينات التى يستحدثها المستأجر ، وفى أثر موت المستأجر فى انقضاء عقد الإيجار ، وفى انتهاء الإيجار بالحوادث الطارئة وبانتقال الموظف وبهلاك الزرع ، وفى عدم إنقاص أجر الوكيل إذا دفع طوعاً بعد تنفيذ الوكالة ، وفى نائب الوكيل ، وفى مسئولية الموكل عن الضرر الذى يصيب الوكيل ، وفى تعدد الوكلاء ، وفى وديعة الفنادق ، وفى كفالة ناقص الأهلية ، وفى تزاحم الدائن مع الكفيل فى الرجوع على المدين . كما أورد التقنين الجديد عقوداً كاملة كان القضاء المصرى قد أقر مبادئها الأساسية ، كعقد التزام المرافق العامة ، وعقد العمل ، وعقد التأمين .

وفى الحقوق العينية الأصلية ، نقل التقنين الجديد عن القضاء المصرى حقوق الجوار ، وحق الشرب والمسيل ، وحق المرور ، والحائط المشترك ، وشرط عدم التصرف ، وكثيراً من أحكام الملكية الشائعة ، والقسمة ، والشيوع الإجبارى ، وملكية الطبقات ، والتصرفات الصادرة فى مرض الموت ، وتزاحم الشفعاء ، وحق السكنى ، والقيود التى تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء .

وفى التأمينات العينية ، نقل التقنين الجديد أحكام القضاء المصرى فى شرط تملك الرهن عند عدم الوفاء ، وفى نزول الدائن المرتهن عن مرتبته ، وفى الحائز للعقار المرهون ، وفى بعض أحكام التطهير ، وفى منع حق الإختصاص بعد إعسار المدين أو موته ، وفى رهن الدين رهن حيازة ، وفى ترتيب حقوق الامتياز ، وفى التفصيلات المتعلقة بامتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق .

(ب) الأحكام التى كانت تقوم على نص تشريعى :

نصوص كانت معيبة فهذبت : كان التقنين القديم يشتمل على نصوص معيبة فهذبها التقنين الجديد . من ذلك النصوص المتعلقة بتقسيم الأشياء والأموال ، والنصوص التى وردت فى الغلط ، وفى السبب ، وفى البطلان ، وفى الاشتراط لمصلحة الغير ، وفى مسئولية المكلف بالرقابة ، وفى مسئولية المتبوع ، وفى دفع غير المستحق ، وفى الفضالة ، وفى الدعوى غير المباشرة ، وفى الدعوى البولصية ، وفى الحق فى الحبس ، وفى التضامن ، وفى المقاصة ، وفى وقف التقادم ، وفى البيع فى مرض الموت ، وفى عقد المقاولة ، وفى الحراسة ، وفى القيود القانونية الواردة على حق الملكية ، وفى نظرية الحيازة ، وفى نظرية حق الارتفاق .

نصوص كانت فى مكان آخر فنقلت إلى التقنين المدنى : نقل التقنين الجديد هذه النصوص إليه ووضعها فى مكانها الصحيح . من ذلك النص على مصادر القانون ، وكان وارداً فى لائحة المحاكم الوطنية . وأحكام الأهلية والهبة وإيجار الوقف والحكر ، وكان الباحث يلتمسها فى كتب الفقه الإسلامى . وأحكام العرض الحقيقى والإيداع والحوالة بين حجزين وإجراءات حق الاختصاص والبقاء فى الشيوع لمدة معينة ، وهذه الأحكام كانت محشورة بين نصوص تقنين المرافعات . وقسمة المورث ، وقد وردت نصوصها فى قانون الوصية ، والشفعة ، وكانت قد فصلت عن التقنين المدنى وصدر بها قانون خاص[1] .

---

(١) ويجب التمييز ، فى التشريعات المدنية التى كانت منفصلة عن التقنين المدنى القديم ، بين :
« ١ » تشريعات مدنية وضعت على سبيل الدوام والاستقرار ، وهى فى الواقع من الأمر جزء =

(٤)

الاتجاهات العامة للتقنين الجديد

(موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة)

(التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور ، وبين الفرد والجماعة)

* * *

(ا) موقف التقنين الجديد

من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة

يحسن ، حتى نرسم موقف التقنين الجديد من الاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة ، أن نبين أولا أهم هذه الاتجاهات . ويمكن ردها إلى اتجاهين رئيسيين : (الاتجاه الأول) يتعلق بالمدى الذى يسلم به تقنين معين بمبدأ سلطان الإرادة ، والحد الذى يفصل فى هذا التقنين ما بين المنطقة التى تنظمها الإرادة والمنطقة التى ينظمها القانون . (والاتجاه الثانى) يتعلق بمقدار ما ينطوى عليه تقنين معين من نزعة ذاتية tendance subjective ، ومقدار

= من القانون المدنى ، وإن كانت منفصلة مادياً عن التقنين المدنى ، وذلك كالتشريعات الخاصة بالشفعة وبالشهر العقارى وبالفوائد وبالرى وبطرح البحر . وقد اعتبرت هذه التشريعات فعلا جزءاً من التقنين المدنى القديم ، وأدمج الكثير منها فى التقنين المدنى الجديد ، وإن بقى بعضها منفصلا عنه لأسباب خاصة كقانون الشهر العقارى وقانون الرى .

«ب» تشريعات خاصة صدرت فى ظروف استثنائية لمناسبات معينة ، وعاشت إلى جانب التقنين المدنى القديم ، مستقلة عنه ولا صلة لها به ، فلا تبقى ببقائه ، ولا تزول بزواله . وإنما هى تبقى ببقاء الظروف الاستثنائية التى كانت سبباً فى صدورها ، وتزول بزوال هذه الظروف . مثل ذلك التشريع المتعلق بعدم جواز إخلاء الأماكن المؤجرة وتعيين حد أقصى للأجرة ، والتشريع الخاص بالاستيلاء لأغراض التعليم وأغراض التموين ، والتشريع الخاص بتجزئة الضمان . كل هذه التشريعات الاستثنائية تعتبر مستقلة عن القانون المدنى ، ولم يلغها التقنين المدنى الجديد ، وإنما هى باقية ببقاء الظروف الاستثنائية التى استدعت صدورها ، ولا تزول إلا إذا ألغيت بتشريع خاص أو إذا انقضت المدة التى قدرت لبقائها .

ما ينطوى عليه من نزعة موضوعية tendance objective ، وأية نزعة من هاتين النزعتين هى المتغلبة على الأخرى فى هذا التقنين . وهذا الاتجاه الرئيسى الثانى ينطوى على اتجاهات متنوعة . ذلك أن النزعة الذاتية أو النزعة الموضوعية للتقنين تفرض عليه موقفاً معيناً إزاء تنازع نظريات متعارضة فى أمور ثلاثة : (١) الأمر الأول — أى المذهبين نختار فى تصور الالتزام : المذهب الشخصى أو المذهب المادى ؟ (٢) والأمر الثانى — أية النظريتين نختار فى التعبير عن الإرادة : نظرية الإرادة الباطنة أو نظرية الإرادة الظاهرة ؟ (٣) والأمر الثالث — حظ التصرف المجرد acte abstrait بالنسبة إلى التصرف المسبب ، وهل يجوز أن يكون للأول مكان يحتله بجوار المكان الذى يحتله الثانى ؟ فالنزعة الذاتية تفرض اختيار المذهب الشخصى للالتزام ، وتؤثر نظرية الإرادة الباطنة ، ولا تجعل للتصرف المجرد مكاناً ملحوظاً إلى جانب التصرف المسبب . أما النزعة الموضوعية فعلى النقيض من ذلك تختار المذهب المادى للالتزام ، وتؤثر نظرية الإرادة الظاهرة ، وتجعل للتصرف المجرد مكاناً ملحوظاً إلى جانب التصرف المسبب .

ومن ثم فالاتجاهات العامة للتقنينات الحديثة يمكن جمعها حول المسائل الأربع الآتية : (١) مبدأ سلطان الإرادة . (٢) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام . (٣) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة . (٤) التصرف المسبب والتصرف المجرد .

ويقال عادة إن هذه الاتجاهات العامة فى جملتها تفصل ما بين التقنينات اللاتينية والتقنينات الجرمانية . فالأولى مشبعة بروح الفردية بالنسبة إلى مبدأ سلطان الإرادة فتأخذ به إلى مدى بعيد ، أما الأخرى فمشبعة بروح الجماعة فتضع قيوداً كثيرة على هذا المبدأ . والأولى تأخذ بالنظرية الشخصية للالتزام ، بينما تأخذ الأخرى بالنظرية المادية . وتؤثر الأولى نظرية الإرادة الباطنة ، بينما تؤثر الأخرى نظرية الإرادة الظاهرة . والتصرف المسبب هو القاعدة فى التقنينات الأولى ، أما التقنينات الأخرى فتبرز ، إلى جانب التصرف المسبب ، التصرف المجرد وتضع له نظرية عامة .

على أن هذا القول يلقى على عواهنه دون تمحيص . وهو إذا صدق فإنما يصدق

فى الناحية الفقهية أكثر مما يصدق فى الناحية التشريعية . ذلك أنه لا يوجد تقنين حديث انحاز انحيازاً مطلقاً إلى أحد الاتجاهين . ونبذ بتاتاً الاتجاه الآخر . فالتقنين الألمانى — وهو عنوان التقنينات الجرمانية — احترم مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد ، واعتد بالعنصر الشخصى فى الالتزام ، وأخذ بالإرادة الباطنــة فى كثير من النواحى ، وعرف التصرف المسبب فاعتبره باطلا إذا كان مخالفاً للآداب ، وجعله قابلا للابطال إذا شاب الإرادة عيب. والتقنين الفرنسى — وهو عنوان التقنينات اللاتينية — يضع قيوداً كثيرة على مبدأ سلطان الإرادة ، ويعتــد فى بعض الحالات بالعنصر المادى فى الالتزام ، ويأخذ بالإرادة الظاهرة فى بعض النواحى ، ويعرف التصرف المجرد ولو على ســبيل الاستثناء . فالفصل ما بين التقنينات الجرمانية والتقنينات اللاتينية فى هذه الاتجاهات لا يجوز أن يكون فصلا تاماً . والذى يمكن أن يقال فى هذا الصدد إن نزعة التقنينات الجرمانية أقرب إلى اتجاهات منها إلى اتجاهات أخرى ، وعلى العكس من ذلك التقنينات اللاتينية ، ولــكن دون أن نستبعد هذه الاتجاهات الأخرى استبعاداً تاماً عن كل من النظامين[1] .

أضف إلى ما تقدم أن القوانين اللاتينية تأثرت فى الخمسين عاماً الأخيرة ، منذ ظهور التقنين الألمانى ، بالنزعة الجرمانية تأثراً كبيراً . وقامت حركة تهدف إلى هذا الغرض ، حمل سالى (Saleilles) لواءها فى مستهل القرن العشرين . وبرز هذا الطابع فى التقنينات اللاتينية الحديثــة التى ظهرت فى القرن الحالى . ترى ذلك واضحاً فى التقنينين التونسى والمراكشى ، وفى التقنين اللبنانى ، وفى المشروع الفرنسى الإيطالى ، وفى التقنين الإيطالى الجديد ، وفى تقنينات أخرى متخــيرة كالتقنين البولونى والتقنين البرازيلى والتقنين الصينى . وكان من أثر ذلك أن أصبحت هناك فروق محسوسة بين التقنين المدنى الفرنسى

---

(١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور محمود أبو عافية فى رسالته « التصرف القانونى المجرد » نسخة عربية ص ٢٧٤ — ص٢٧٩ ، والدكتور أحمــد زكى الشيتى فى المذكرة التى تقدم بها الى معهد القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ ص ٢٥ —ص ٢٦ ، وانظر بنوع خاص ما ورد فى هذه المذكرة (ص٣٧ — ص٤٠) عن نظرية الثقة (Vertrauenstheorie) التى أخذ بها التقنين الألمانى متوسطاً فى ذلك بين نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية الإرادة الباطنة .

أو تقنين نابليون (Code civil français, Code Napoléon) والقانون المدنى الفرنسى (Droit civil français) وانفرجت مسافة الخلف بينهما[١] .

أما التقنين المصرى الجديد فقد بدأ فى مشروعه التمهيدى يتأثر تأثراً ظاهراً بنزعة القوانين الجرمانية . ولكن هذا التأثر أخذ يخف تدرجاً فى المراحل التالية ، وقد خف بنوع خاص فى المشروع النهائى أمام لجنة المراجعة ، ثم فى المشروع الذى أقرته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ . وهو فى الصورة الأخيرة التى صدر بها قد انحاز انحيازاً نهائياً إلى النظام اللاتينى . وإذا كانت هناك بقايا من النزعة الجرمانية لا تزال موجودة[٢] ، فذلك هو القدر الذى تأثرت فى حدوده القوانين اللاتينية ذاتها فقهاً وتشريعاً بالنزعة الجرمانية . وقد تأثر تبعاً لها التقنين المصرى الجديد ، حتى صح أن يقال إن هذا التقنين لا يزال منتمياً للنظام اللاتينى لا فى دائرة التقنين المدنى الفرنسى بالذات ، ولكن فى دائرة أوسع هى دائرة القانون المدنى الفرنسى المتأثر ببعض النزعات الجرمانية[٣] .

وإذن لم يخرج التقنين المصرى الجديد على تقاليده اللاتينية ، بل بقى محتفظاً بها . والزعم بأن هذا القانون قد أحدث ثورة وانقلاباً فى الأوضاع المدنية التى كانت قائمة قبله زعم لا يقوم على أساس . فلا ثورة ولا انقلاب ، ولكن تسجيل لما تم فعلا من تأثر

---

(١) أنظر فى هذا المعنى التقرير الذى تقدم به الأستاذ مورى (Maury) إلى مؤتمر الأسبوع الدولى للقانون الذى عقد بباريس سنة ١٩٥٠ ص١٢ . ويقارن الأستاذ بين التقنين الجديد وبين القانون الفرنسى من جهة والقانون الألمانى من جهة أخرى فى ص ١٠ إلى ص ١٢ .

(٢) مثل ذلك تعريف العقد والمعايير الموضوعية والعقود التى تقوم على الإرادة الظاهرة وغير ذلك مما سنورده تفصيلا فيما يلى .

(٣) أنظر فى هذا المعنى تقرير الأستاذ مورى المشار إليه وتقرير الدكتور شفيق شحاته المقدم إلى مؤتمر الأسبوع الدولى الذى تقدم ذكره . وجاء فى مبسوط القانون المقارن للأساتذة بيير أرمانجون والبارون بوريس نولد ومارتن وولف ، باريس ١٩٥٠ جزء ثان ص ٦١٨ (Traité de Droit Comparé, par Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolff, Paris 1950, II, page 618) فى تقدير التقنين الجديد ما يأتى : « إن مبادىء (التقنين المصرى الجديد) ، وتكييفاته القانونية ، ومصطلحاته الفنية ، وقواعده الأساسية ، هى فى مجموعها ما نراه فى القانون الفرنسى . على أن التقنين المصرى الجديد هو بالرغم من ذلك عمل مبتدع لما يمتاز به من وضوح ودقة » .

(Dans leur ensemble, ses principes, ses qualifications, sa terminologie, ses règles fondamentales sont celles du droit français. Cette oeuvre, remarquable par sa clarté et sa précision, est néanmoins originale).

النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية . وقد استبقى التقنين الجديد النظام اللاتينى أساساً له . ولكن النظام اللاتينى الذى استبقاه ليس هو ذلك النظام الذى ساد التقنين المدنى الفرنسى فى مقتبل القرن التاسع عشر ، بل النظام الذى تطور مسايراً للحاجات العملية وتخطى أعناق السنين حتى وصل إلى منتصف القرن العشرين . فالقول بالثورة والانقلاب قول يخالف الواقع ، وينطوى على تجاهل لما تم من تطور فى النظم اللاتينية فى مدى قرن ونصف قرن .

وننظر الآن فى ضوء ما قدمناه إلى موقف التقنين الجديد من هذه الاتجاهات العامة التى أسلفنا ذكرها .

(١) مبدأ سلطان الإرادة :

وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفاً معتدلا . فلا هو انتقص منه إلى حد أن جعله يفنى فى سلطان المشرع وسلطان القاضى ، إذ لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تحدث من الآثار القانونية ما تتجه إلى إحداثه ، ولا هو تركه يطغى فيستبد بإنشاء العلاقات القانونية وبتحديد آثارها دون نظر إلى المصلحة العامة وإلى مقتضيات العدالة .

استبقى القيود التى كان التقنين القديم يرسمها حدوداً لسلطان الإرادة . فلا تزال هناك عقود شكلية روعى فى شكليتها اعتبارات تمت للنظام العام ، أو تتجه لحماية أطراف العقد أنفسهم . ولا تزال العقود الرضائية ذاتها محصورة فى نطاق النظام العام والآداب . ولا تزال الحدود المادية للغبن فى بعض العقود قائمة كما فى بيع عقار القاصر وإيجار الوقف ، بل زاد التقنين الجديد عليها عقد القسمة إذا زاد الغبن فيه على الخمس (م ٨٤٥) .

واستحدث قيوداً جديدة طاوع فيها التطور الاجتماعى والاقتصادى للقانون طوال العصور الأخيرة ، بل سجل فى بعضها ما كان القضاء المصرى ذاته قد وصل إليه من حلول عن طريق هذا التطور .

فقيد من سلطان الإرادة عند تكوين العقد ، بأن وسع من نطاق الغبن ، وحوره من نظرية مادية جامدة تقتصر على عقود معينة ، إلى نظرية ذاتية مرنة تتناول جميع العقود. فرسم بذلك للارادة حدوداً جديدة لا تتعداها ، ومنع أن يستغل المتعاقد طيشاً أو هوى آنسه فى المتعاقد الآخر حتى لو رضى هذا بما وقع عليه من غبن ، إذ أن إرادته فى هذه

الحالة لا تكون صحيحة ، ولا يرتب القانون عليها أثرها (أنظر المادة ١٢٩) . ومثل الاستغلال الإذعان ، رسم التقنين الجديد له أيضاً حدوداً لسلطان الإرادة عند تكوين العقد ، وذلك إذا كان قبول المتعاقد يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها . وإذا كان المتعاقد فى حالة الاستغلال يستغل فى المتعاقد الآخر ظروفاً شخصية خاصة ، فهو فى حالة الإذعان يستغل فيه ظروفاً اقتصادية عامة ، والمتعاقد المغبون مذعن فى الحالتين . ومن ثم قيد القانون من سلطان الإرادة فى حالة الإذعان كما قيد منها فى حالة الاستغلال . فقضى بأنه إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة (أنظر المادة ١٤٩)[١] بل إن التقنين الجديد سار فى الحد من سلطان الإرادة إلى مدى أبعد . فألزم ، كما قدمنا فى إدارة المال الشائع وفى التصرف فيه ، أقلية الملاك فى الشيوع أن تخضع لإرادة الأغلبية (أنظر المواد ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢) ، وجعل زمام الإدارة فى يد الأغلبية إذا كون ملاك طبقات البناء الواحد اتحاداً فيما بينهم (أنظر المواد ٨٦٤ و ٨٦٥ و ٨٦٦ و ٨٦٧)[٢] . وفى هذا كله خروج على مبدأ سلطان الإرادة ، ولكن التقنين الجديد ضحى بهذا المبدأ رعاية لمصلحة أعلى هى أن يكفل للمال الشائع إدارة حسنة يقتضيها الصالح المشترك لجميع الملاك فى الشيوع . ولم يقتصر التقنين الجديد على إحلال إرادة المشرع محل إرادة المتعاقد كما رأينا فى الأمثلة السابقة ، بل زاد على ذلك أن أحل فى بعض الحالات إرادة القاضى محل إرادة المتعاقد كما سنرى (أنظر المادة ٩٥) .

وقيد من سلطان الإرادة عند تنفيذ العقد ، فجعل نظرية الحوادث الطارئة وقت هذا التنفيذ تقابل نظريتى الاستغلال والإذعان وقت تكوين العقد ، ونص فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ على أنه « إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ،

---

(١) ويمكن القول ، من ناحية نظرية أخرى ، أن ما رتبه القانون من جزاء على الاستغلال والإذعان هو احترام لسلطان الإرادة ، وإذا كان القانون لا يعتد اعتداداً كاملا بالإرادة المستغلة أو المذعنة ، فذلك لأن الإرادة هنا لم تستكمل حريتها ، ولا سلطان إلا للارادة الحرة .

(٢) أنظر أيضاً فى حالتين أخريين المادتين ٩٢٥ و٩٢٨ .

وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وطبق هذه النظرية تطبيقاً خاصاً فى عقدى الإيجار والمقاولة . فنص فى الفقرة الأولى من المادة ٦٠٨ على أنه « إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقاً » (أنظر أيضاً المادة ٦٠٢ فقرة ٢ والمادة ٦٠٩) . ونص فى الفقرة الرابعة من المادة ٦٥٨ على أنه « إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » . وكجواز إنقاص الالتزام الذى أصبح مرهقاً لحوادث طارئة جواز تخفيض التعويض فى الشرط الجزائى إذا تبين عند تنفيذ العقد أن التعويض المتفق عليه يزيد كثيراً على الضرر الذى وقع فعلا ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ على أنه « يجوز للقاضى أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة » . ومثل ذلك أيضاً أن يقتصر المدين على دفع تعويض نقدى إذا تبين أن فى التنفيذ العينى إرهاقاً له ، وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ على أنه « إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ، جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدى إذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضرراً جسيما » . ونصت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٨ ، وهى تضع الجزاء على مخالفة القيود التى تحد من حق مالك العقار فى البناء ، على أن « كل مخالفة لهذه القيود تجوز المطالبة بإصلاحها عيناً ، ومع ذلك يجوز الاقتصار على الحكم بالتعويض إذا رأت المحكمة ما يبرر ذلك » . ومثل ذلك أخيراً ما رتبه التقنين الجديد على تغير الظروف فى تعديل حق الارتفاق وفى إنهائه. فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١٠٢٣ ، فى صدد النهى عن إبدال موضع آخر بالموضع المعين أصلا لاستعمال حق الارتفاق ، على ما يأتى : « ومع ذلك إذا كان الموضع الذى

عين أصلا قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، فلمالك هذا العقار أن يطالب نقل الارتفاق إلى موضع آخر من العقار ، أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبى ذلك ، كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق » . ونص فى المادة ١٠٢٩ على أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » (أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ ، ١٠٢٥) .

كل هذه قيود على سلطان الإرادة استحدثها التقنين الجديد — وقد سبقه القضاء المصرى إلى بعض منها — تخفف بهذا التجديد من النزعة الفردية التى كانت تميز التقنينات اللاتينية ، والتى كان من شأنها أن تطلق مبدأ سلطان الإرادة إلى مدى بعيد قد يتعارض مع العدالة والمصلحة . ولم يجاوز التقنين الجديد حدود الاعتدال فى تقييد هذا المبدأ ، إذ هو فيما قيده به قد جارى النزعة الحديثة المتمشية ، لا فى التقنينات الجرمانية وحدها ، بل وفى التقنينات اللاتينية الحديثة ذاتها ، فساير بذلك تطوراً محموداً سجله العصر الحاضر لهذه التقنينات[1] .

(ب) النظرية الشخصية والنظرية المادية للالتزام :

سنرى عند الكلام فى نظرية الالتزام أن هناك مذهبين يختلفان فى النظرة إلى الالتزام . فالمذهب الشخصى يرى أن الأمر الجوهرى فيه هو ما يقوم من رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذه هى نظرية القانون الرومانى . وعنها أخذت القوانين اللاتينية .

---

(١) على أن التقنين الجديد ، من جهة أخرى ، قد بسط فى سلطان الإرادة عندما استبقاها فى بعض الفروض تنتج أثراً آخر غير الأثر المقصود أصلا ، بعد أن أبطل أثرها الأصلى . نرى ذلك فى انتقاص العقد وفى تحويله . فقد نصت المادة ١٤٣ على أنه « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله » . ونصت المادة ١٤٤ على أنه « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

أما المذهب المادى فينظر إلى محل الالتزام باعتبار أنه هو العنصر الأساسى فيه ، وينزل عنصر الرابطة الشخصية إلى المكان الثانى ، فيصبح الالتزام فى نظر هذا المذهب عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية . وهذه هى النظرية الجرمانية ، قال بها چيرك ومن نحا نحوه من فقهاء الألمان متأثرين فى ذلك بالتقاليد الجرمانية القديمة ، ونابذين القانون الرومانى.

والمذهب المادى يفسر تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يبقى الالتزام رغم تغير أطرافه . فلو أن الالتزام ، فى عنصره الجوهرى ، رابطة شخصية ، لزال بزوال هذه الرابطة ، ولما أمكن أن يتغير الدائن فى حوالة الحق ، والمدين فى حوالة الدين ، دون أن يتغير الالتزام ذاته . ويفسر المذهب كذلك تفسيراً منطقياً صحيحاً كيف يجوز أن ينشأ الالتزام دون دائن . والالتزامات التى تنشأ دون دائن تقع كثيراً فى الحياة العملية ، فمن ذلك التزام الواعد بجائزة ، والتزام المتعهد لمصلحة شخص غير معين أو شخص غير موجود فى الاشتراط لمصلحة الغير ، والتزام من يوقع السند لحامله . فلو أن الالتزام ليس فى جوهره إلا رابطة شخصية بين دائن ومدين ، لما صح أن ينشأ التزام دون أن يوجد الدائن والمدين معاً وقت نشوء الالتزام ، حتى تقوم الرابطة بينهما .

وقد كانت التقنينات اللاتينية ، بالرغم من اعتناقها للمذهب الشخصى فى الالتزام ، تفسح مجالاً لبعض تطبيقات المذهب المادى ، فتعترف بحوالة الحق دون حوالة الدين ، وبالسند لحامله ، وتطور فيها الاشتراط لمصلحة الغير حتى أصبح من المستطاع الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص مستقبل . ولما احتك المذهب المادى بالمذهب الشخصى سارت التقنينات اللاتينية فى تطورها ، فاعترف بعضها بحوالة الدين إلى جانب حوالة الحق ، ونص بعضها على جواز الوعد بجائزة لشخص غير معين .

وقد وقف التقنين الجديد هنا أيضاً موقف الاعتدال فلم يغرق فى الأخذ بالمذهب المادى ، ولكنه من جهة أخرى سجل ما تم فعلا من تطور نحو هذا المذهب بحكم تأثر النظريات اللاتينية بالنظريات الجرمانية .

فهو أولا استبقى التطبيقات القديمة للمذهب المادى ، فاعترف بحوالة الحق (أنظر

المواد ٣٠٣ — ٣١٤) ، وأقر ما وصل إليه الفقه والقضاء منذ عهد طويل من جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو جهة مستقبلة أو لمصلحة أو جهة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره (أنظر المادة ١٥٦) .

وهو ثانياً سجل ما تطورت إليه التقنينات اللاتينية فى ناحية المذهب المادى إلى أقصى مدى وصل إليه هذا التطور حتى لا يكون متخلفاً عن عصره . فنظم إلى جانب حوالة الحق حوالة الدين (أنظر المواد ٣١٥—٣٢٢) ، ونص صراحة على أن من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها (أنظر المادة ١٦٢) .

وهو بعد هذا وذاك لم يهجر المذهب الشخصى للالتزام ، ولم يخرج على تقاليده خروجاً لا تبرره المصلحة العملية . فلا يزال الالتزام رابطة ما بين شخصين ، ولا يزال الالتزام الإرادى يقوم على الإرادة المشتركة للدائن والمدين ، وعن طريق هذه الإرادة تتسرب العوامل النفسية والخلقية . فيجب أن تكون الإرادة حرة مختارة ، لا إكراه يعيبها ولا استغلال . ويجب أن تكون على هدى ، لا غلط يشوبها ولا تدليس . وجعل التقنين الجديد لعقود الإذعان أحكاماً خاصة ، وأفسح جانباً للظروف الطارئة غير المتوقعة ، مما سبق بيانه . أما الالتزام غير الإرادى فلا يزال هو أيضاً رابطة ما بين شخصين إلى حد أن الدائن بتعويض عن ضرر أدبى لا ينتقل حقه إلى ورثته إلا إذا كان هذا التعويض قد تحدد بمقتضى اتفاق بينه وبين المسئول أو كان قد طالب به أمام القضاء (أنظر المادة ٢٢٢) . وفى هذا اعتراف صريح بالعامل الشخصى فى الالتزامات غير العقدية .

(ج) نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة :

سنرى فى هذا أيضاً ، عند الكلام فى نظرية العقد ، أن هناك مذهبين يختلفان فى النظرة إلى الإرادة . فمذهب الإرادة الباطنة —وهو المذهب اللاتينى— يقف عند الإرادة النفسية ، أما التعبير المادى عن هذه الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . ومذهب

الإرادة الظاهرة — وهو المذهب الجرمانى — يقف عند التعبير عن الإرادة ، ويعتبره هو الإرادة ذاتها ، إذ التعبير هو المظهر الاجتماعى للارادة والقانون إنما يعنيه الظواهر الاجتماعية دون الظواهر النفسية ، هذا إلى أن التعبير عن الإرادة هو الشىء المادى الذى يقف عنده المتعاملون ويطمئنون إليه فى تعاملهم .

ولم تسلم التقنينات اللاتينية من أثر لمذهب الإرادة الظاهرة ، كما لم تسلم التقنينات الجرمانية من أثر لمذهب الإرادة الباطنة . ويعنينا فى هذا الصدد أن نبين أن التقنين الجديد بقى فى حظيرة التقنينات اللاتينية . فالأصل عنده هو الأخذ بالإرادة الباطنة ، ولكنه مع ذلك يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحد الذى يقتضيه استقرار التعامل . وهو فى هذا قد تأثر بالنزعة الجرمانية الموضوعية تأثر التقنينات اللاتينية ذاتها بهذه النزعة ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

أخذ التقنين الجديد بالإرادة الظاهرة ، ابتغاء استقرار التعامل ، فى تكوين العقد وفى تفسيره .

ففى تكوين العقد سار إلى حد أن أقام العقد فى بعض الحالات على الإرادة الظاهرة . فهو ينص فى المادة ٩١ على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويترتب على ذلك أن من وجه إليه إيجاب فقبله ثم عدل ، ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل أن يصل العدول ، يرتبط بالعقد ، لا على أساس إرادته الحقيقية التى عدل عنها ، بل على أساس إرادته الظاهرة وهى وحدها التى اقترن بها الإيجاب . كذلك تنص المادة ٩٢ من القانون الجديد على أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه » . ولا يستقيم هذا الحكم على أساس الإرادة الباطنة الكامنة فى النفس ، وهى الإرادة التى تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته ، بل على أساس الإرادة الظاهرة التى انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه ، وتبقى حتى بعد موته أو بعد فقده لأهليته . ويقرر التقنين الجديد أن غلط أحد المتعاقدين لا يكون

سبباً فى إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع فى الغلط ذاته أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٢٠) . ويترتب على ذلك أنه إذا كان الغلط قد انفرد به المتعاقد الأول ، ولم يقع فيه المتعاقد الآخر ، ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه ، فإن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد شابها غلط فجعلها فاسدة ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التى اطمأن إليها المتعاقد الآخر واعتمد عليها فى ترتيب شؤونه . ويقرر التقنين الجديد أيضاً أنه إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس (م ١٢٦). ويقرر فى صدد الإكراه ماقرره فى صدد التدليس ، فينص على أنه إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر لا يعلم بوقوع التدليس أو الإكراه ، وكان فى الوقت ذاته يتعذر عليه أن يعلم ذلك ، فإن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس أو الإكراه ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التى اعتمد عليها المتعاقد الآخر [١].

وفى تفسير العقد يمكن القول إن التقنين الجديد قد أخذ من طريق غير مباشر بالإرادة الظاهرة فى العقود التى تكون عبارتها واضحة . فقد نص فى الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ على أنه « إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » . صحيح أن عبارة العقد الواضحة تؤخذ على أنها تعبير أمين عن الإرادة الحقيقية ، وفى التزام هذه العبارة للتعرف على إرادة المتعاقدين التزام للارادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولكن وراء هذا الافتراض حقيقة ملموسة ، هى أننا إنما نستخلص الإرادة الحقيقية من الإرادة الظاهرة ، ولا يجوز لنا أن ننحرف عن هذه للتعرف

---

(١) وقل مثل ذلك فى السبب غير المشروع إذا لم يعلم به المتعاقد الآخر ولم يكن يستطيع أن يعلم به — هذا ويمكن الوصول إلى النتيجة ذاتها من طريق الاعتداد بالإرادة الحقيقية ، فيقال إن العقد فى الحالات المتقدمة فى الغلط والتدليس والإكراه يجوز إبطاله لفساد الإرادة ، ولكن يرجع المتعاقد الآخر — وهو لا ذنب له — على المتعاقد الأول بالتعويض ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً .

على تلك . فنحن فى الواقع من الأمر نأخذ بالإرادة الظاهرة ، وإن كنا نفعل ذلك تحت ستار أن الإرادة الظاهرة هى الإرادة الحقيقية ذاتها .

ويتبين مما قدمناه أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الظاهرة فى بعض الفروض ، سواء كان ذلك فى تكوين العقد أو فى أثناء تفسيره . فساغ له من وجه أن ينص فى المادة ٨٩ على أن العقد يتم « بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين » ، فجعل التعبير هو طريق التعرف على الإرادتين وما يقوم بينهما من تطابق . ولكن لا يجوز السير فى هذا الطريق إلى مدى أبعد مما تحتمله النصوص . فليس صحيحاً أن التقنين الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة كقاعدة عامة . وإذا كان قد أخذ بها فى بعض الفروض ، فقد صدر فى ذلك عن اعتبار مشروع هو تحقيق استقرار التعامل . وهو إذا جعل التعبير طريق التعرف على الإرادة فإنما أراد عن طريق هذه العلاقة المادية التعرف على الإرادة الحقيقية بالقدر الذى يمكن التعرف عليها ، ولم يرد الأخذ بالإرادة الظاهرة التى تقف عند ظاهر التعبير . وإلا فالواضح أن التقنين الجديد قد أخذ بالإرادة الباطنة ، أى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، كقاعدة عامة ، وفى مواطن شتى ، سواء كان ذلك عند تكوين العقد أو عند تفسيره .

ففى تكوين العقد ، لم يعتد بالإرادة إلا فى معدنها الحقيق ، حرة مختارة غير مضللة ولا واهمة ، فمحصها من الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ، بل إنه تعقبها فى مظان ما قد تخضع له من ضغط كما فعل فى عقود الإذعان . ثم سار فى استصفاء الإرادة الحقيقية واستكناه ماتتجه إليه من غايات مستترة إلى مدى أبعد، إذ اعتد لا بالإرادة وحدها بل أيضاً بالباعث الذى كان دافعاً لها . وهذه هى نظرية السبب أخذ التقنين الجديد بها كاملة ، وفى الأخذ بهذه النظرية انحياز واضح للارادة الباطنة .

وفى تفسير العقد ، أخذ التقنين الجديد أيضاً بالإرادة الباطنة ، إذا كانت عبارات العقد غير واضحة . فنص فى الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ على أنه « إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين

وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » . فالأصل إذن فى تفسير العقد هو البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، أى تلمس الإرادة الحقيقية . وإذا كان التقنين الجديد يضع معايير موضوعية للبحث عن هذه الإرادة الحقيقية كطبيعة التعامل والعرف الجارى فى المعاملات، فإن هذه المعايير ليست إلا طرقاً للنفاذ إلى الإرادة الحقيقية للمتعاقدين على نحو منضبط يمكن الاطمئنان إليه .

والذى يخلص لنا من متابعة التقنين الجديد أن الأصل فى الإرادة هى الإرادة الباطنة. ولكن هذه الإرادة فى بعض الأحوال ، تبعاً لمقتضيات الاستقرار فى التعامل ، تتجسم فى المظهر الذى اتخذ للتعبير عنها ، فتصبح هى الإرادة الظاهرة ، وتقوم عندئذ على أساس من الثقة المشروعة التى يولدها هذا المظهر فى نفوس المتعاملين[1] وإذا كان التقنين الجديد قد سار فى طريق الإرادة الظاهرة إلى مدى أبعد مما فعل التقنين الفرنسى ، فإن له فى ذلك أسوة بالتقنينات اللاتينية الحديثة التى خطت هى أيضاً خطوات واسعة فى هذا الطريق. ومهما يكن من أمر اقتراب التقنين الجديد من الإرادة الظاهرة . فهو على كل حال لم يبلغ فى ذلك مبلغ التقنين الألمانى والتقنينات الجرمانية الأخرى ، ولا يزال فى هذا الصدد باقياً فى حظيرة التقنينات اللاتينية المتطورة .

(د) التصرف المسبب والتصرف المجرد :

سنرى عند الكلام فى نظرية السبب أن هذه النظرية هى المحك الذى تتميز به

---

(١) هذا وقد أشرنا فيما تقدم إلى أن الدكتور أحمد زكى الشيتى فى المذكرة التى تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس فى سنة ١٩٤٩ (ص ٣٧ — ص ٤٠) يرى أن التقنين المدنى الجديد قد أخذ بنظرية الثقة (Vertrauenstheorie)، التى أخذ بها التقنينان الألمانى والسويسرى . وهذه النظرية وسط بين نظريتى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، فهى تأخذ بالإرادة التى استطاع من وجه إليه التعبير أن يتعرفها من خلال هذا التعبير مستعيناً بجميع الملابسات الموضوعية التى يجب عقلا أن تدخل فى اعتباره . فالإرادة التى يعتد بها ، طبقاً لهذه النظرية ، هى الإرادة الباطنة التى يمكن التعرف عليها من خلال هذه الضوابط الموضوعية (volonté reconnaissable) .

ولا شك فى أن التقنين الجديد قد أخذ كقاعدة عامة بالإرادة الباطنة . ولكنه يتعرف عليها عن طريق الإرادة الظاهرة . فالإرادة الظاهرة وسيلة لا غاية .

التقنينات ذات الصبغة الذاتية عن التقنينات ذات الصبغة الموضوعية . فالتقنينات الأولى تأخذ بنظرية نفسية للسبب ، وتفسح له مجالا واسعاً ، ولاتقر التصرف المجرد عن سببه إلا فى حدود ضيقة . أما التقنينات الأخرى فتأخذ بنظرية موضوعية للسبب ، ولاتفسح له إلا امكاناً محدوداً ، وتتوسع فى إقرار التصرف المجرد ، وترده إلى قاعدة عامة .

وسنرى أن القانون الفرنسى قد خطا فى نظرية السبب خطوات واسعة ، واستبدل القضاء الفرنسى بالنظرية التقليدية الضيقة ، وهى نظرية موضوعية ، نظرية حديثة جعلت السبب هو الباعث الذى دفع إلى التعاقد ، فحورته إلى فكرة نفسية مخصبة . واشترط فى كل تصرف أن يكون مقروناً بسببه ، فلا يكون التصرف مجرداً (abstrait) إلا فى حالات استثنائية يقتضيها استقرار التعامل ، وينص عليها القانون بذواتها .

وعلى النقيض من ذلك كان موقف التقنينات الجرمانية . فعندها أن السبب فكرة موضوعية بحتة . وقد احتفظت هذه التقنينات فى نظرتها هذه بصبغتها الموضوعية السائدة . ومن ثم أقرت التصرف المجرد فى حالات كثيرة . فجعلت عقود انتقال الملك عقوداً مجردة تنقل الملك بصرف النظر عن صحة العقود التى أنشأت الالتزام بنقل الملكية . وجعلت كثيراً من العقود التى تنشىء الالتزام عقوداً مجردة تصح ولو لم يكن لها سبب أو كان سببها غير مشروع ، وذلك كحوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والإنابة فى الوفاء . بل سارت فى هذا الطريق إلى مدى أبعد ، فرسمت خطوطاً رئيسية للتصرف المجرد ، وردته إلى قاعدة عامة ، ونصت على أنه يجوز بوجه عام تجريد الالتزام من سببه ، فيتخذ صورة التعهد المجرد بالوفاء (promesse abstraite de paiement) أو الاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette)

فإلى أى المذهبين انتمى التقنين الجديد ؟ هنا نراه انحاز انحيازاً تاماً إلى مذهب التقنينات اللاتينية . فأخذ بنظرية السبب كما يأخذ بها القضاء الفرنسى : نظرية نفسية واسعة تنفذ منها العوامل الذاتية والأدبية إلى مدى بعيد ، وتتغلغل فى الصميم من العلاقات القانونية . وبالرغم من أن التقنين الجديد أخذ فى بعض الحالات بمعايير موضوعية ، إلا أنه وقف فى نظرية

السبب عند المعيار الذاتى ، ولم يتزحزح فى ذلك عن تقاليد التقنينات اللاتينية . فالتقنين المصرى الجديد سببى (causaliste) كالتقنين المصرى القديم ، وكالتقنين الفرنسى ، وهو يتعارض فى هذا إلى حد بعيد مع التقنينات الجرمانية . وهو كالتقنين الفرنسى يستوجب أن يكون كل التزام مقروناً بسببه ، ويشترط أن يكون السبب مشروعاً وإلا بطل العقد ، ولا يقر الالتزام المجرد إلا فى حدود ضيقة ، فلا يضع له قاعدة عامة كافعلت التقنينات الجرمانية ، بل لا يعترف به إلا فى حالات معينة يقتضيها الاستقرار فى التعامل ، ويفرد لهذه الحالات نصوصاً خاصة .

ومن ثم نرى أن التقنين الجديد فى هذا الصدد بقى كعادته فى حظيرة التقنينات اللاتينية . بل إنه هنا التزم هذه الحظيرة فى أضيق حدودها ، ولم يتأثر لا كثيراً ولا قليلا بالتقنينات الجرمانية .

٢ — التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور وبين الفرد والجماعة

طابع التقنين الجديد هو الاعتدال . رأيناه معتدلا فيما قدمنا . يتوسط فى الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة ، فيأخذ به بعد أن يحيطه بقيود كثيرة . ويتوسط بين المذهب الشخصى والمذهب المادى للالتزام ، فيستبقى المذهب الشخصى بعد أن يأخذ بما فى المذهب المادى من نتائج عملية نافعة . ويتوسط بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ، فيصدر عن الإرادة الباطنة ، ولكنه يأخذ بالإرادة الظاهرة حيث يقتضى ذلك استقرار التعامل . ثم هو يأخذ بنظرية السبب كاملة ، ولا يقر التصرف المجرد إلا فى حدود معتدلة معقولة .

فالتقنين الجديد يعد بحق من القوانين المتخيرة (éclectique) ، وإن بقى بوجه عام فى حظيرة التقنينات اللاتينية كما قدمنا .

وهو ، فيما نحن فيه هنا ، يقف أيضاً موقف المتخير المعتدل ، فيتخذ سبيله قواماً بين الاستقرار والتطور ، وبين الفرد والجماعة .

(١) التقنين الجديد بين الاستقرار والتطور :

يهدف التقنين الجديد إلى أن يكون قانوناً حياً عملياً . والقانون الحى العملى ينبغى أن

يحمل فى طياته عوامل التطور حتى يبقى حياً ، وعوامل الاستقرار حتى يكون عملياً .

عوامل التطور فى التقنين الجديد : أهم هذه العوامل هى هذه المعايير المرنة التى جعلها التقنين الجديد فى مكان القواعد الجامدة ، وهذه السلطة التقديرية الواسعة التى أعطاها للقاضى .

١ — **المعايير المرنة** : ورث التقنين الجديد عن التقنين القديم بعض القواعد الجامدة التى لم يكن هناك بد من الاحتفاظ بها . مثل ذلك الغبن فى بيع عقار لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وقد قدر بما يزيد على خمس قيمة العقار (م ٤٢٥) ، والفوائد القانونية والاتفاقية وقدر لها سعر معلوم لا تجاوزه (م ٢٢٦ — ٢٢٧) ، والقاعدة التى تقضى بأنه إذا عدل من دفع العربون فقده وإذا عدل من قبضه رد ضعفه (م ١٠٣ فقرة ٢) وقد نقلها التقنين الجديد عن القضاء والعرف ، والقاعدة التى استحدثها من جواز نقض عقد القسمة إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس (م ٨٤٥) . هذه القواعد الجامدة التى تضع للمسألة حلاً واحداً ثابتاً لا يتغير مهما تغيرت الظروف والملابسات ، والتى تقف فى بعض المسائل عند رقم معلوم لا تحيد عنه ، قد نكون فى حاجة إليها فى قليل من الحالات لاستقرار التعامل وثباته على وتيرة واحدة . ولكن لا يجوز الاستكثار من مثل هذه القواعد الجامدة فإنها تقف عقبة فى طريق التطور . وخير منها معايير مرنة يضعها المشرع هادياً للقاضى ، يسترشد بها هذا فيما يعرض له من الأقضية ، ولا يتقيد فيها بحل واحد لا ينحرف عنه ، بل تتغاير الحلول وتتفاوت بتغاير الظروف وتفاوت الملابسات[1] .

وهذا مثل لمعيار مرن استبدله التقنين الجديد بقاعدة جامدة كانت موجودة فى التقنين القديم . فقد كانت المواد ٢٩١ ـ ٢٩٢ / ٣٦٤ ـ ٣٦٦ من التقنين القديم تنص على جواز فسخ البيع إذا وقع على أشياء بيعت جملة واحدة ثم ظهر أنها أقل من القدر المتفق عليه

(١) أنظر فى هذا المعنى : « القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل — المعيار والقاعدة » رسالة بالفرنسية للمؤلف : ليون سنة ١٩٢٥ . هذا ولا يجوز الاعتراض على فكرة المعيار المرن بالخشية من تحكم القاضى ، وبأن هذا التحكم ممتنع إذا تقيد القاضى بقاعدة ثابتة . ذلك أن القاضى لا يلبث إزاء القاعدة الجامدة التى أصبحت لا تلائم الظروف أن يخرج عليها ، فينطلق إلى مجال يكون فيه أكثر تحكماً مما لو كان أمامه معيار تشريعى مرن مفروض عليه أن يسترشد به .

أو أكثر . ثم نصت المادتان ٢٩٢/٣٦٧ من هذا التقنين على أنه لا يجوز للمشترى فسخ البيع فى هـذه الأحوال « إلا إذا كان الغلط زائداً على نصف عشر الثمن المعين » . فنبذ التقنين الجديد هذه القاعدة الجامدة التى تقف عند نسبة معينة من الثمن ، واستبدل بها معياراً مرناً إذ نص فى الفقرة الأولى من المادة ٤٣٣ على أنه « لا يجوز للمشترى أن يطلب فسخ العقد لنقص فى المبيع إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد » . وكذلك يكون الحكم فيما لو وجد المبيع زائداً على المقدار المتفق عليه (م ٤٣٣ فقرة ٢) . وظاهر أن المعيار الجديد يفضل القاعدة القديمة ، إذ به يتمكن القاضى من الملاءمة ما بين ظروف كل قضـية والحل القانونى الذى يناسبها ، فقد يكون النقص أو الزيادة فى المبيع أكثر من نصف العشر ويرفض القاضى أن يحكم بفسخ العقـد ، وقد يكون أقل ويجيب القاضى المشترى إلى طلب الفسخ ، وذلك كله تبعاً للملابسات والظروف فى كل قضية بذاتها .

وقد أكثر التقنين الجديد من هذه المعايير المرنة إذ هى من أهم عوامل التطور . ونذكر هنا بعضاً منها :

فمن ذلك معيار الغلط الجوهرى ، وقد عرفته المـادة ١٢١ بأنه الغلط الذى يبلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . وظاهر أن هناك فرقاً كبيراً بين هذا المعيار المرن وبين القاعدة القديمة التى كانت تشترط أن يكون الغلط واقعاً فى مادة الشىء . ومن ذلك أيضاً معيار التـدليس الجسيم ، وقد قضت الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ بأنه يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد . ومثل معيار التدليس الجسيم معيار الرهبـة القائمة على أساس ، إذ تقضى المادة ١٢٧ بأنه يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق وكانت قائمة على أساس ، وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيما محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المـال . وفى الاستغلال اتخذ التقنين الجديد معيار التأثير الدافع إلى التعاقد ، فلا يتحقق

الاستغلال إلا إذا تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً (م ١٢٩ فقرة أولى) . وكذلك فى السبب اتخذ التقنين الجديد معيار الباعث الدافع إلى التعاقد وإن كان لم يصرح به فى النص . وفى جواز الرجوع فى الهبة اتخذ معيار العذر المقبول ، فأجاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ فقرة ٢) .

كل هذه معايير مرنة تتفاوت الحلول التى تؤدى إليها بتفاوت الظروف التى تطبق فيها ، وبخاصة إذا لوحظ أن جميع المعايير التى ذكرناها هى معايير ذاتية يراعى فى تطبيقها حالات نفسية يكشف عنها القاضى فى كل شخص بذاته ، وقد صرحت بهذا المعنى الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ فى صدد الإكراه ، فقضت بأنه « يراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه » . وسنرى أن هناك معايير أخرى موضوعية فى التقنين الجديد تجمع بين مرونة المعيار وثبات القاعدة .

٢ — **سلطة القاضى التقديرية** : وعامل آخر فى التقنين الجديد يفسح أمامه المجال للمرونة والتطور ، هو هذه السلطة التقديرية الواسعة التى جعلها للقاضى . رأيناها فى تطبيق هذه المعايير المرنة التى تقدم ذكرها ، ونراها الآن فيما فوض فيه القاضى من تطبيق أحكام القانون وفقاً للمناسبات ، وما أعطى فى ذلك من سلطة تقديرية ، تصل به فى بعض الحالات إلى استكمال ما فات المتعاقدين أن يتفقا عليه ، بل وإلى تعديل ما تم عليه الاتفاق فيما بينهما . وإذا كان التقنين الجديد لم يبلغ فى ذلك مدى ما بلغ التقنين السويسرى إذ جعل القاضى مشرعاً فيما لم يرد فيه نص ، بل وقف عند حدود معقولة تمنع من الخلط بين وظيفة التشريع ووظيفة القضاء ، إلا أنه مع ذلك سار شوطاً بعيداً فى سبيل أن يجعل للقاضى من سلطان التقدير ما يسر له أن يجعل أحكام القانون متمشية مع مقتضيات الظروف . فتكون أحكام القانون بذلك أداة طيعة فى يد القاضى يطور بها القانون تطويراً مستمراً ، ويواجه بها

ما يتغير من ملابسات وأحوال . ونورد أمثلة لما اشتمل عليه التقنين الجديد من نصوص تجعل للقاضى هذه السلطة التقديرية ، وهى سلطة تمكنه فى بعض الحالات من أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل فيها عند الاقتضاء .

فمن النصوص التى تفسح للقاضى من سلطانه التقديرى ، هذه التى تجعل له حرية واسعة فى تقدير التعويض المستحق للشخص المضرور ، وذلك فى حالة الدفاع الشرعى ، فمن جاوز فى هذا الدفاع القدر الضرورى أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة (م١٦٦) ، وفى حالة الضرورة ، فمن سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً ، (م ١٦٨) ، وفى تحديد طريقة التعويض ، فيعين القاضى هذه الطريقة تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ويقدر بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع (م١٧١) . ويقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعى (م ٢٠٠) . وللقاضى أن يعين الميعاد المناسب لحلول أجل الدين إذا كان الوفاء مشترطاً عند المقدرة أو الميسرة (م٢٧٢) . وله أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه (م٣٤٦ فقرة ٢) . وله أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها (م ٤١٠ فقرة ١) . و إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلها دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد العدالة ، ومراعية فى ذلك الضرر الذى حدث وحالة الطرفين وحسن نية كل منهما (م ٩٣١) . ويجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات الضرورية والنافعة . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية (م ٩٨٢) .

ومن النصوص ما يجيز للقاضى أن يستكمل شروط العقد وأن يعدل فى الشروط المتفق عليها . فإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم ، وإذا قام خلاف فى المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تفصل فيها طبقاً لطبيعة

المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (م ٩٥) . وإذا اتفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى (م ٧٠٩ فقرة ٢) . وقد رأينا أنه يجوز القاضى فى الاستغلال أن ينقص التزامات المتعاقد المغبون (م ١٢٩) ، وأن ينقص من العقد إذا كان فى شق منه باطلا (م ١٤٣) ، وأن يحوله إلى عقد آخر توافرت أركانه إذا كان فى الصورة التى هو عليها باطلا وتبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام العقد الآخر (م ١٤٤) . وأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فى حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ فقرة ٢) ، وأن يعدل الشروط التعسفية فى عقود الإذعان (م ١٤٩) . وأن يقضى بالتعويض النقدى إذا كان التعويض العينى مرهقاً (م ٢٠٣ فقرة ٢) ، وأن يخفض التعويض المتفق عليه فى الشرط الجزائى إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (م ٢٢٤ فقرة ٢) .

عوامل الاستقرار فى التقنين الجديد : أهم هذه العوامل هى المعايير الموضوعية التى أكثر التقنين الجديد منها ، ثم الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة فى بعض الحالات .

١ — ***المعايير الموضوعية*** : رأينا فيما قدمناه كيف أن التقنين الجديد يكثر من اتخاذ المعايير المرنة التى تعين على التطور ، وبقى الآن أن نرى كيف أن الكثرة الغالبة من هذه المعايير هى معايير موضوعية لا معايير ذاتية كالتى سبق أن ذكرناها . وقد أريد بذلك إيجاد نوع من التعادل بين التطور والاستقرار . فالمعيار الموضوعى ، من حيث هو معيار عامل للتطور ومن حيث هو موضوعى عامل للاستقرار . والموضوعية ، وهى صنو للارادة الظاهرة بل هى الأصل الذى تنتمى إليه هذه الإرادة ، من أكبر عوامل الاستقرار . وهى من مميزات التقنين الجديد . وقد أراد هذا التقنين أن يتخفف من حدة النزعة الذاتية التى تميز التقنينات اللاتينية . فأخذ بالإرادة الظاهرة وبالموضوعية معاً ، ولكن بقدر متفاوت إذ أقل من الأخذ بالإرادة الظاهرة وأكثر من الأخذ بالموضوعية ، إلى حد أنه عندما كان فى بعض المسائل يتخذ معايير ذاتية ، لم يتخذها معايير ذاتية محضة بل رسم لها ضوابط موضوعية ليضفى عليها شيئاً من الثبات والاستقرار . ونأتى بأمثلة من نصوص التقنين الجديد لمعايير موضوعية ، ثم لمعايير ذاتية لها ضوابط موضوعية .

فمن المعايير الموضـوعية معيار يكثر التقنين الجديد من ذكره ، وهو معيار « عناية الشخص المعتاد » ويرجع هذا المعيار إلى عهد القانون الرومانى ، فهو معروف فيه ، شائع فى نواحيه المختلفة . ذكره التقنين الجديد كأصل من أصول الالتزام بعمل ، فنص فى الفقرة الأولى من المادة ٢١١ على أنه إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود . ثم طبقه فى نواح متفرقة ، فى العقود وفى غيرها . فالشريك فى عقـد الشركة عليه أن يبذل من العناية فى تدبير مصالح الشركة ما يبذله فى تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان منتدباً للادارة بأجر فلا يجوز له أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٥٢١ فقرة ٢) . والمستأجر فى عقد الإيجار يجب عليه أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد (م ٥٨٣ فقرة ١) . والمستعير فى عقد العارية عليه أن يبذل فى المحافظة على الشىء المعار العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة ١) . والعامل فى عقد العمل يجب عليه أن يبذل فى تأدية العمل من العناية ما يبذله الشخص المعتاد (م ٦٨٥ (ا)) . والوكيل فى عقد الوكالة يجب عليه ، إذا كانت الوكالة بغير أجر ، أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، فإن كانت بأجر وجب عليه أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) . والمودع عنـده فى عقد الوديعة يجب عليه إذا كانت الوديعة بغير أجر أن يبـذل من العناية فى حفظ الشىء المودع ما يبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعـــة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠) . والحارس فى الحراسة الاتفاقية أو القضائية يلتزم بالمحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها وبإدارة هذه الأموال ، ويجب أن يبذل فى كل ذلك عناية الرجل المعتاد (م ٧٣٤ فقرة ١). والفضولى يجب عليه أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص المعتاد (م ١٩٢) — ومن المعايير الموضوعية ، ما نص عليه التقنين الجديد فى الاستغلال ، إذ لا يجوز الطعن فى العقد

بهذا الوجه إلا إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر (م ١٢٩ فقرة ١) . وما نص عليه فى الخلف الخاص ، من أن الالتزامات والحقوق المتصلة بالشىء تنتقل إليه فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء إذا كانت من مستلزماته (م ١٤٦) . وما نص عليه فى المسئولية عن الغير ، من أن الشخص يكون مسئولا عن كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابته وكان فى حاجة إلى الرقابة بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية (م ١٧٣ فقرة ١) . وما نص عليه فى المسئولية عن الأشياء ، من أن الشخص يكون مسئولا إذا تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة (م ١٧٨)[1] . وما نص عليه فى تحديد الضرر المباشر ووجوب التعويض عنه ، من أن التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به ، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (م ٢٢١) . وما نص عليه فى تحديد العيب الخفى فى الشىء المبيع ، من أنه عيب ينقص من قيمة الشىء أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين فى العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشىء أو الغرض الذى أعد له (م ٤٤٧ فقرة ١) . وما نص عليه فى الإيجـار ، من وجوب أن يكون استغلال المستأجر للأرض الزراعية موافقاً لمقتضيات الاستغلال المألوف (م ٦١٣) . وما نص عليه فى التزام المرافق العامة ، من أن ملتزمى هذه المرافق إذا أثبتوا القـوة القاهرة جاز لهم أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته (م ٦٧٣ فقرة ٢) .

ومن المعايير الذاتية المحددة بضوابط موضوعية ، ما نص عليه التقنين الجديد فى الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من وجوب البحث فى تفسير العقد عن النية المشتركة للمتعاقدين — وهذا هو معيار ذاتى — مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر

---

(١) أما ما ورد فى المادة ذاتها فى شأن المسئولية عن الآلات الميكانيكية فهو قاعدة لا معيار . وفى هذه المقابلة بين الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة والآلات الميكانيكية يتبين الفرق واضحاً بين المعيار والقاعدة .

من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعـاملات — وهذه هى ضوابط موضوعية . وما نص عليه فى تحديد العذر المقبول للرجوع فى الهبة — وهو معيار ذاتى كما قدمنا — بضوابط موضوعية منها أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه ، وأن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية (م ٥٠١) . وما نص عليه فى مواضع كثيرة متفرقة فى اشتراط العلم ، من أن الشخص يكون عالماً بالشىء — وهذا معيار ذاتى — أو أن يكون من المفروض حتماً أن يعلم به — وهـذا ضابط موضوعى (انظر المادتين ١٠٤ و ١٠٦ فى النيابة والمواد ١٢٠ و ١٢٦ و ١٢٨ فى الغلط والتدليس والإكراه) ، وما نص عليه فى الغلط فى المادة ١٢٤ ، من أنه ليس لمن وقع فى غلط أن أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية — وهذا معيار ذاتى — ويبقى بالأخص ملزماً بالعقـد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد — وهذا ضابط موضوعى .

٢ — **الإرادة الظاهرة** : وإلى جانب المعايير والضوابط الموضوعية ، أخذ التقنين الجديد فى بعض الحالات بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة توخياً لاستقرار التعامل . كما أخذ فى حالات أخرى بالتصرف المجرد ، وهو ضرب من الإرادة الظاهرة ، للغرض ذاته . وقد تقدم بيان ذلك كله .

(ب) التقنين الجديد بين الفرد والجماعة :

وقف التقنين الجديد بين الفرد والجماعة موقفاً معتدلا عادلا . فلم يضح الفرد لمصلحة الجماعة ، ولم يسخر الجماعه لخدمة الفرد . ونبين هنا كيف حمى الفرد ، وكيف حمى الجماعة .

حماية التقنين الجديد للفرد : لم يقصر التقنين الجديد فى حماية الفرد ، ولم يتهاون فى أن يفسح للحرية الفردية مجالا معقولا ، سواء كان ذلك فى نطاق العقد أو فى نطاق الملكية .

ففى نطاق العقد ، أقر مبدأ سلطان الإرادة بالرغم مما أورد عليه من قيود تقدم بيانها . فلا يزال الفرد حراً فى أن يتعاقد ، ولا تزال إرادته هى التى تنشىء العقد ، وهى التى ترتب

آثاره ، فيتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فإذا تم فهو شريعة المتعاقدين . ولا يزال العقد هو أحد المصادر الرئيسية للالتزامات ، ولم ينزل عن مكانته . وإذا كانت مصادر أخرى كالعمل غير المشروع قد ارتفعت إلى منزلة العقد ، فإن ذلك لم ينتقص من أهمية العقد ولا من خطره . وإذا كنا قد بعدنا ، بما ورد على الإرادة من قيود لمصلحة كل من الجماعة والفرد ، عن مذهب الفردية المتطرفة التى كانت سائدة فى أوائل القرن التاسع عشر ، والتى تشبع بها التقنين المدنى الفرنسى عند صدوره ، فإن التقنين الجديد لا يزال يحترم إرادة الفرد ، ويقر ما تنتجه إلى تحقيقه من آثار ، فى حدود معقولة مقبولة ، فى عصر تطور فيه مذهب الفردية تطوراً خطيراً ونزل فيه عن كثير من مظاهر الغلو .

وفى نطاق الملكية ، استبقى التقنين الجديد الملكية الفردية ، وحماها من الاعتداء . فلمالك الشىء وحده حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه ، وله الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ، ولا يجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون ، وبالطريقة التى يرسمها ، ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل . والمالك حر التصرف فى ملكه ، إذا شاء نزل عنه إلى غيره بمقابل أو بغير مقابل ، وإذا شاء استبقاه ينتقل عنه بعد موته إلى ورثته ولمن أوصى لهم . وخفف التقنين الجديد من بعض قيود كانت تثقل الملكية فى التقنين القديم . من ذلك الحق فى الشفعة ، ضيق منه وأحاطه بقيود جديدة . ومن ذلك الحكر ، قصر مداه ، وقيد نطاقه ، فلا يجوز التحكير لمدة تزيد على ستين سنة ، ولا يجوز ترتيب حكر على أرض غير موقوفة .

فالتقنين الجديد يحمى الفرد إذن من مظهرين رئيسيين من مظاهر نشاطه : حريته فى التعاقد وحريته فى التملك .

حماية التقنين الجديد للجماعة : ولكن القانون الجديد يتمشى مع روح عصره ، ويساير التطورات الخطيرة التى اعتورت مذهب الفردية . وآية ذلك نراها أيضاً فى نطاق العقد وفى نطاق الملكية .

ففى نطاق العقد ، قيد التقنين الجديد سلطان الإرادة إلى مدى بعيد ، فهو محوط بكثير من القيود لمصلحة الجماعة سبق بيانها تفصيلا فيما أسلفناه . ويتميز التقنين الجديد فى هذا الصدد بأنه التزم فى العلاقات التعاقدية حماية الجانب الضعيف . فحيث يختل التوازن بين طرفى العقد ، ويقف أحدهما مغلول اليد أمام الطرف الآخر ، فإن الجماعة يعنيها أن تحمى الطرف الضعيف وهو يواجه الطرف القوى ، وأن تقيله من عثاره . رأينا التقنين الجديد يفعل ذلك فى عقود الإذعان ، وفى نظرية الاستغلال . وفى نظرية الحوادث الطارئة . وفى عقد العمل ، وفى عقد التأمين ، وفى أحكام أخرى كثيرة سبق ذكرها . ومن ثم نرى أن التقنين الجديد طابعه حماية المدين ، وهو فى ذلك على النقيض من التقنين القديم الذى كان يمعن فى حماية الدائن . ففى فوائد الدين لم يقتصر التقنين الجديد على تخفيض سعر الفوائد القانونيـة والاتفاقية ، بل أضاف إلى ذلك قيوداً كثيرة فى تقاضى الفوائد ذكرناها تفصيلا فيما تقدم (انظر المواد ٢٢٩و٢٣٠و٢٣٢و٥٤٤) .

ثم إنه قيد إلى مدى بعيد من حق الدائن فى الاختصاص بعقار المدين . فجعل هذا الحق ، كما رأينا ، لا يجوز الحصول عليه إلا إذا كان بيد الدائن حكم واجب التنفيذ (م ١٠٨٥ فقرة ١) . ولم يجز بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار فى التركة (م١٠٨٥ فقرة ٢) . ولم يجز الاحتجاج على الدائنين الذين يكون لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هـذا التسجيل (م ٢٥٦ فقرة ٢) . وأجاز ، كما قدمنا ، لـكل ذى مصلحة أن يطلب إنقاص الاختصاص إلى الحد المناسب إذا كانت الأعيان التى رتب عليها هذا الحق تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين (م ١٠٩٤ فقرة ١) .

وفى نطاق الملـكية ، قفز التقنين الجديد قفزة واسعة فى جعل الملـكية وظيفة اجتماعية أكثر منها حقاً فردياً . بل إن المشروع التمهيدى صرح بذلك فى أحد نصوصه ، فذكر فى المادة ١١٦٢ منه أن لمالك الشىء ما دام ملتزماً حدود القانون أن يستعمله وأن ينتفع به وأن يتصرف فيه دون أى تدخل من جانب الغير ، بشرط أن يكون ذلك متفقاً مع ما لحق الملـكية من وظيفة اجتماعية . ولم تحذف هذه العبارة الأخيرة فى المشروع النهائى قصداً إلى

حذف حكمها ، بل لأنها ، كما جاء فى الأعمال التحضيرية[1] ، « أشكل بالإيضاحات الفقهية ، وأن فى التطبيقات التى أوردها المشروع فى النصوص التاليـة ما يغنى عنها » . وقد تضمنت النصوص التالية فعلا من القيود على حق الملكية ما يجعل هذا الحق وظيفة اجتماعية روحاً ومعنى . فأوجبت المادة ٨٠٧ على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار . وتكلفت المواد ٨٠٨—٨٢٤ بإيراد سلسلة من القيود على حق الملكية، فى الشرب والمجرى والمسيل وحق المرور والحائط المشترك والمطلات وشرط عدم التصرف وما إلى ذلك من القيود القانونية والاتفاقية ، بما يغل يد المالك فى استعمال ملكه لا للمصلحة العامة فحسب ، بل أيضاً لمصلحة الجيران ، وبما يبرز فكرة التضامن الاجتماعى متغلغلة فى الصميم من نظام الملكية . ترى ذلك أيضاً فيما قدمناه فى نظام الشيوع وكيف جعل التقنين الجديد الكلمة العليا لأغلبيـة الملاك حتى يخضع الأقلية لحكم التضامن (م ٨٢٨ و ٨٢٩ و ٨٣٢) . وترى ذلك فى ملكية الأسرة (م ٨٥١ — ٨٥٥) ، وفى ملكية الطبقات (م ٨٥٦—٨٦١) ، وفى اتحاد ملاك طبقات البناء الواحد (م ٨٦٢ — ٨٦٩) . وقد أسلفنا الإشارة إلى كل ذلك .

وبعد ، فهذا طرف من القيود التى يضعها التقنين الجديد على حرية التعاقد وعلى حق الملكية . وتتبين من ذلك أن هذا التقنين قد خطا خطوات واسعة فى سبيل تحقيق العدالة الاجتماعية . وما هو فى هذا إلا مرآة لعصره ، تنعكس عليه صور التطورات العميقة التى مر بها القانون فى خلال قرن ونصف قرن ، منذ صدور التقنين المدنى الفرنسى ذى النزعة الفردية .

* * *

ويأبى التقنين الجديد أن يكون متخلفاً عن عصره . وما هو إلا صورة صادقة لمدنية الجيل الذى ظهر فيه .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ١٣ و ص ١٥ و ص ١٦ .

الكتاب الأول

من القانون المدنى الجديد

الالتزامات بوجه عام

كلمة تمهيدية

فى التعريف بالالتزام

§ ١ — تحديد مركز نظرية الالتزام فى القانون المدنى

١ — **أقسام القانون المدنى** : ينقسم القانون المدنى ـ وهو القانون الذى ينظم علاقات الأفراد بعضها ببعض ـ إلى قسمين رئيسيين : قسم الأحوال الشخصية وقسم المعاملات .

فقواعد الأحوال الشخصية هى التى تنظم علاقة الفرد بأسرته . وقواعد المعاملات هى التى تنظم علاقة الفرد بغيره من الأفراد من حيث المال .

والمال فى نظر القانون يتكون من حقوق .

والحق فى المعاملات مصلحة ذات قيمة مالية يقررها القانون للفرد . وهو إما حق عيني أو حق شخصى .

والحق الشخصى هو الالتزام : ويسمى حقاً إذا نظر إليه من جهة الدائن ؛ وديناً إذا نظر إليه من جهة المدين .

٢ — **الحق العينى والحق الشخصى** : الحق العينى (droit réel) هو سلطة معينة يعطيها القانون لشخص معين على شىء معين . أما الحق الشخصى (droit personnel) فهو رابطة مابين شخصين ، دائن ومدين ، يخول الدائن بمقتضاها مطالبة المدين بإعطاء شىء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

ولا زال التمييز ما بين الحق العينى والحق الشخصى من أهم المسائل الرئيسية فى القانون المدنى . ولم تجد محاولات بعض الفقهاء فى هدم هذا التقسيم . وهؤلاء الفقهاء فريقان : فريق يقرب الحق العينى من الحق الشخصى ، وفريق آخر على النقيض من ذلك يقرب الحق الشخصى من الحق العينى .

٣ — *تقريب الحق العينى من الحق الشخصى* : أما الفريق الأول، وعلى رأسهم الأستاذ بلانيول ، فيرى أن الحق العينى هو كالحق الشخصى رابطة ما بين شخصين . لأن القانون إنما ينظم الروابط ما بين الأشخاص . ولا يمكن أن يقال فى الحق العينى إنه رابطة ما بين الشخص والشىء ، لأن الرابطة إنما تكون بين الشخص والشخص . ففى هذا إذن يتفق الحق العينى مع الحق الشخصى . ويتفق معه أيضاً فى أنه يشتمل مثله على عناصر ثلاثة : موضوع الحق والدائن والمدين . فحق الملكية مثلاً موضوعه الشىء المملوك ، والدائن هو المالك ، والمدين هم الناس كافة إذ يجب عليهم جميعاً احترام هذا الحق . فالحقان إذن يتماثلان من حيث الطبيعة والعناصر . وإنما يختلفان فى شىء غير جوهرى هو جانب المدين . ففى الحق العينى يكون المدين دائماً هم جميع الناس عدا الدائن ، ولهذا يمكن اعتبار الحق العينى حقاً شخصياً عاماً من حيث المدين (passivement universel) . أما فى الحق الشخصى فالمدين هو شخص أو أشخاص معينون بالذات .

هذا ما يقوله الفريق الأول . وظاهر أنهم يقصدون هدم التمييز ما بين الحق العينى والحق الشخصى من وراء جعل الحق العينى هو الذى يماثل الحق الشخصى . ولا جدال فى أنه من الخطأ أن يقال إن الحق العينى رابطة ما بين الشخص والشىء . فالرابطة لا توجد إلا بين الشخص والشخص كما يقول بلانيول . ولذلك قلنا فى تعريف الحق العينى إنه « سلطة لشخص على شىء » ، ولم نقل إنه « رابطة ما بين شخص وشىء » . وأما القول بأن الحق العينى هو حق شخصى عام من حيث المدين ففيه مغالطة لا تخفى عند التعمق فى النظر . إذ الحق الشخصى فيه أيضاً هذا الجانب العام من حيث المدين . وتلتزم الناس كافة باحترامه . فإذا أخل أحد بهذا الالتزام ، بأن حرض المدين مثلا على أن يمتنع عن القيام بما تعهد به ، كان مسئولا ووجب عليه التعويض . ولكن الحق الشخصى يزيد على الحق العينى شيئاً جوهرياً يميزه عنه ، هو الجانب الخاص من حيث المدين إلى هذا الجانب العام الذى تقدم ذكره . ففى كل حق شخصى يوجد مدين معين ، أو مدينون معينون ، هم الذين يباشر الدائن سلطته على الشىء موضوع الحق بوساطتهم ، ولا وجود لهؤلاء فى الحق العينى .

وهذا فرق جوهرى ما بين الحقين تترتب عليه نتائج هامة سيأتى ذكرها[1] .

٤ — **تقريب الحق الشخصى من الحق العينى** : وهناك الفريق الثانى وهو الذى يحاول هدم التمييز من وراء جعل الحق الشخصى كالحق العينى . وعلى رأس هذا الفريق الأستاذان سالى (Saleilles) ولامبير (Lambert) . ويتلخص رأيهما فى أن الحق الشخصى هو كالحق العينى عنصر من عناصر الذمة المالية (patrimoine) يتصرف فيه صاحبه ، فيبيعه ويهبه ويرهنه ويجرى فيه سائر التصرفات . وقد حان الوقت الذى ينظر فيه إلى الحق الشخصى لا باعتبار أنه رابطة ما بين شخصين ، بل باعتبار أنه عنصر مالى ، وهذا ما يقتضيه تقدم المعاملات وسرعة تداول الأموال . فتتجرد القيمة المالية للحق الشخصى عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، وبذلك يقرب الحق الشخصى من الحق العينى . وهذا هو المذهب المادى فى الالتزام ، وسنعود إليه فيما يلى .

ونحن لا ننكر على المذهب المادى للالتزام انتشاره ومسايرته للتطور القانونى الحديث . ولكننا مع ذلك لا نراه يهدم التمييز ما بين الحق العينى والحق الشخصى . فمن الممكن أن ينظر إلى الالتزام نظرة مادية باعتبار موضوعه لا باعتبار أشخاصه ، ويكون فى هذا تقريب بينه وبين الحق العينى . ولكن ذلك لا ينفى أن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الحقين حتى إذا نظر إليهما معاً من حيث موضوعهما ، فالدائن فى الحق العينى يستعمل سلطته مباشرة على موضوع الحق دون وسيط بينهما ، بخلاف الحق الشخصى فليس للدائن فيه إلا سلطة غير مباشرة على الشىء موضوع الحق ، ولا يستعمل هذه السلطة إلا بوساطة المدين .

٥ — **بقاء التمييز ما بين الحقين قائماً** : يبقى إذن التمييز ما بين الحق الشخصى والحق العينى قائماً ومحتفظاً بأهميته . فالحق العينى سلطة مباشرة للشخص على الشىء ، والحق

---

(١) وينقل الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فى كتابه « نظرية الالتزام » عن مذكرات الدكتور عبد المعطى خيال (فقرة ٥) فى هذا الصدد ما يأتى : « إن التكليف باحترام الحق العينى وعدم الاعتداء عليه لا يمكن بالبداهة أن يكون من العناصر المكونة له ، لأنه لا يتصور أن يطلب إلى الكافة إلا احترام حق كامل قائم . فالتكليف يتقرر إذن بعد وجود الحق العينى ، بينما الالتزام الواقع على المدين فى الحق الشخصى جزء منه لا يتصور وجود الحق من غيره » . (أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام ، القاهرة سنة ١٩٤٥ ص ١٠ هامش رقم ١) .

الشخصى رابطة ما بين شخصين . والظاهرة المهمة فى الحق العينى هى تحديد الموضوع ، أما فى الحق الشخصى فتحديد المدين . ويزيد الحق العينى على الحق الشخصى عنصراً أساسياً هو وجود مدين معين يباشر بوساطته الدائن سلطته على الشىء موضوع الحق .

٦ — *نتائج هذا التمييز* : وهذا التمييز ما بين الحقين لا يزال تمييزاً جوهرياً فى كل القوانين التى اشتقت من القانون الرومانى . وتترتب عليه نتيجتان هامتان :

١ — لما كان الحق العينى سلطة مباشرة على الشىء ، فلصاحبه حق تتبع هذا الشىء (droit de suite) فى يد أى شخص انتقلت إليه ملكيته .

٢ — وله أيضاً ، إذا كان الحق العينى حق ضمان كالرهن : أن يتقدم على جميع الدائنين الشخصيين فى تقاضى حقه من الشىء (droit de préférence) ، فإن هؤلاء ليست لهم إلا سلطة مباشرة على هذا الشىء[1] .

§ ٢ — المذهبان الشخصى والمادى فى الالتزام

٧ — *الرابطة القانونية ما بين الدائن والمدين* : تبين مما قدمناه أن الحق الشخصى ، أى الالتزام ، يقوم على رابطة قانونية ما بين الدائن والمدين ، ويسميها الرومان juris vinculum .

ولم تثبت هذه الرابطة على حال واحدة ، بل إنها تطورت . فكانت فى أول أمرها

---

(١) ويلاحظ فى هذا الصدد أن التنازل عن الحق العينى يتم بإرادة منفردة هى إرادة صاحب الحق . أما التنازل عن الحق الشخصى فكان فى التقنين المدنى القديم لا يتم إلا باتفاق الدائن والمدين تغليباً لناحية ما ينطوى عليه الحق من رابطة شخصية ، ويتم الآن فى التقنين المدنى الجديد بإرادة صاحب الحق وحدها تغليباً لناحية ما ينطوى عليه الحق من قيمة مالية .

ويلاحظ كذلك أن الحق العينى يكسب بالتقادم ، أما الحق الشخصى فلا . والسبب فى ذلك لا يرجع إلى أن الحيازة ، وهى التى يستند إليها التقادم المكسب ، ترد على الحق العينى دون الحق الشخصى ، فالحيازة ترد على كل من الحقين (قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٧ وهامش رقم ١) . ونرى أنه لا يوجد سبب فنى يمنع من كسب الحق الشخصى بالتقادم . ولكن لما كان ذلك لا تتحقق فائدته العملية إلا نادراً ، فقد أغفلته الصياغة القانونية ، وهى لم تغفل فى الوقت ذاته ما ظهرت الحاجة إليه من ذلك كما نرى فى نظرية الوارث الظاهر وفى الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين فى حيازته (م ٣٣٣ من القانون المدنى الجديد) .

سلطة تعطى للدائن على جسم المدين لا على ماله ، وكان هذا هو الذى يميز بين الحق العينى والحق الشخصى . فالأول سلطة تعطى للشخص على شىء ، والثانى سلطة تعطى للشخص على شخص آخر . وكانت سلطة الدائن على المدين سلطة واسعة ، يدخل فيها حق الإعدام وحق الاسترقاق وحق التصرف . ثم تلطفت هذه السلطة فصارت مقصورة على التنفيذ البدنى بحبس المدين مثلا . ولم يصل الدائن إلى التنفيذ على مال المدين إلا بعد تطور طويل . فأصبح للالتزام ، منذ عهد الرومان ، مظهران : مظهر باعتباره رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين ، ومظهر باعتباره عنصراً مالياً يقوم حقاً لذمة الدائن ، ويترتب ديناً فى ذمة المدين .

ولا يزال الالتزام محتفظاً بهذين المظهرين إلى الوقت الحاضر وإن اختلفت المذاهب فيه فمذهب يغلب الناحية الشخصية ، وهو المذهب الفرنسى التقليدى الموروث عن القانون الرومانى ، ومذهب يغلب الناحية المالية وهو المذهب الألمانى الحديث .

٨ — المذهب الشخصى فى الالتزام : أما المذهب الشخصى (théorie subjective) فيرى الأمر الجوهرى فى الالتزام هو أنه رابطة شخصية فيما بين الدائن والمدين . وهذا ما حمل الأستاذ بلانيول على أن يزيد فى تعريف الالتزام فكرة الرابطة الشخصية . فهو يعرف الالتزام بأنه علاقة قانونية ما بين شخصين بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق فى تقاضى شىء معين من الآخر وهو المدين .

وأشهر من قال بالمذهب الشخصى من فقهاء الألمان سافينى (Savigny) . فقد كان يرى الالتزام رابطة شخصية تخضع المدين للدائن ، وهى صورة مصغرة من الرق . فالسلطة (Herrschaft) التى تمنح لشخص على شخص آخر قد تستغرق حرية من يخضع لهذه السلطة . وهذا هو الرق الكامل والملكية التامة . وقد لا تتناول السلطة إلا بعض هذه الحرية ولا تمتد إلا إلى جزء من نشاط المدين ، فيترتب من ذلك حق للدائن قريب من حق الملكية ولكنه ليس إياها . فهو حق خاص بعمل معين من أعمال المدين ، وهذا ما نسميه بالالتزام . فالالتزام إذن هو سلطة معينة تمنح لشخص على شخص آخر ، وتكون الملكية والالتزام فى نظر سافينى شيئين من طبيعة واحدة ، ولا يختلفان إلا فى الدرجة ، ففى الملكية

يكون الخضوع كلياً ، وهو جزئى فى الالتزام ولـكنه موجود فى الحالين .

٩ — المذهب المادى فى الالتزام : يتبين مما تقدم أن نظرية سافيني وهى مطبوعة بطابع القانون الرومانى . تجعل من الالتزام رابطة شخصية وثيقة ، رابطة خضوع قريب من الرق ، وتنسجها على طراز من حق الملـكية .

هذه النظرية قام فى وجهها فقهاء الألمان ، وعلى رأسهم چيېرك (Gierke) وأبوا أن تستقر فى الفقه الألمـانى بعد أن عملوا على تحرير قانونهم من النظريات الرومانية وغلبوا النظريات الجرمانية الأصل عليها . وقد بين چيېرك أن الفكرة الجرمانية فى الالتزام لا تقف عند الرابطة الشخصية كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، بل تنظر إلى محل الالتزام وهو العنصر الأساسى . وتجرده من الرابطة الشخصية ، حتى يصبح الالتزام عنصراً مالياً أكثر منه علاقة شخصية ، فينفصل الالتزام بذلك عن شخص الدائن وعن شخص المدين ، ويختلط بمحله فيصبح شيئاً مادياً العبرة فيه بقيمته المالية[1] . هذه هى النظرية المـادية théorie)

(١) وساعد على ذيوع النظرية المادية فى ألمانيا تحليل الحق الشخصى على اعتبار أنه حق على شىء (Jus ad rem) ، فاقترب بذلك من الحق العينى الذى هو حق فى شىء (Jus in re) . وقد أوغل الألمان فى التحليل على هذا النحو ، حتى أصبح الحق الشخصى فى النهاية خطوة نحو الحق العينى ، إذ يبقى حق الدائن شخصيا إلى يوم التنفيذ ، فإذا ما نفذ وتسلم الدائن الدين صار حقه عينياً على ما تسلمه .

وتساند مع النظرية المادية للالتزام نظريتان أخريان ، هما أيضاً ألمانيتان : نظرية الذمة المالية ونظرية المديونية والمسئولية .

فالذمة المالية (patrimoine) ينظر إليها الألمان من الناحية المادية ولا يربطونها بالشخص . فهى مجموع من المال يتكون من عناصر إيجابيـة (actif) ومن عناصر سلبية (passif) ، ويتميز لا باستناده إلى شخص معين ، بل بتخصيصه لغرض معين سواء استند إلى شخص أو لم يستند . ولما كان الالتزام من عناصر الذمة المالية التى هى شىء مادى ، فإنه يكسب منها هذه الصبغة .

ويميز الألمان بين المديونية (Schuld) والمسئولية (Haftung) . فالمديونيـة واجب قانونى معين يقوم به شخص لآخر . فهى إذن رابطة شخصية ما بين المدين والدائن ، تجعل على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن واجب قبول هذا الوفاء . ولا تتضمن المديونية عامل الإجبار على الوفاء ، إنما الإجبار هو المعنى الذى تتضمنه المسئولية . فالمدين قد يكون مديناً ومسـئولا فى وقت معاً فيجمع ما بين المديونية والمسئولية ، وفى هذه الحالة يكون عليه واجب الوفاء ، ويمكن إجباره على ذلك . وإجباره على الوفاء إما أن يكون بالتسلط على شخصه أو بالتسلط على ماله من طريق شخصه . وقد تنفصل المسئولية عن المديونية ، فلا يمكن إجبار المدين على الوفاء (وهذا يقرب من الالتزام الطبيعى فى القوانين اللاتينية) . ويكون هناك شخص آخر هو المسئول فى شخصه (ويقرب من الـكفيل بالنفس فى الشريعة الإسلامية) أو فى ماله عن طريق شخصه =

(objective) للالتزام ، لم تقتصر على ألمانيا ، فقد نشرها فى فرنسا نقلا عن المدرسة الألمانية سالى (Saleilles) ، وهو يعتبر زعيم هذا المذهب فى فرنسا ولو أن المذهب لم يسد فى الفقه الفرنسى .

١٠ — النتائج العملية للمذهب المادى : وليس المذهب المادى مجرد مذهب نظرى ، بل هو خصب فى نتائجه العملية . فإن النظر إلى الالتزام باعتباره شيئاً مادياً يكون من شأنه أن يزيد فى سرعة التعامل ، وهذا ما تقتضيه النظم الاقتصادية فى العصر الحاضر من تبسيط فى المعاملات وتيسير لها . حتى يكسب تداول الأموال مرونة تستلزمها هذه النظم ، بعد أن اشتدت حركة الإنتاج وانتشرت الصناعات الكبيرة . فالنظرية المادية تضعف الصلة ما بين محل الالتزام وشخصى الدائن والمدين . وينبنى على هذا نتائج عملية هامة نذكر منها اثنتين :

(أولاً) لما كانت العبرة فى الالتزام بمحله دون أشخاصه ، أصبح من السهل أن نتصور تغير أشخاص الالتزام، ليس من دائن إلى آخر فحسب ، وهذا ما يسلم به التقنين الفرنسى ذاته مع أنه قد أخذ بالمذهب الشخصى ، بل أيضاً من مدين إلى آخر ، فيوجد إلى جانب حوالة الحق (cession de créance) حوالة الدين (cession de dette) . وهذا ما اعترفت به التقنينات المشبعة بالمذهب المادى ، كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى ، وعلى أثرهما سار التقنين المدنى الجديد ، وقد ساير فى ذلك الشريعة الإسلامية وهى تعترف بحوالة الدين . أما التقنين المدنى القديم فكان على غرار القانون الفرنسى لا يعترف إلا بحوالة الحق .

= (ويقرب من الكفيل الشخصى) ، وقد تنحصر المسئولية فى المال ، فيصبح المال دون الشخص فى هذه الحالة هو المسئول (ويقرب من الكفيل العينى أو الحائز للعقار المرهون) . فالمسئولية تكون إذن على نوعين : ١) مسئولية شخصية تقع على شخص المسئول أو على ماله عن طريق شخصه . ٢) ومسئولية عينية تقع على المال وحده دون نظر للشخص . ومن ثم يتبين أن المسئولية العينية . وهى أحد العنصرين الجوهريين للالتزام ، تقع على المال مباشرة دون الشخص ، فتصطبغ بالصبغة المادية (انظر : **Rudolf Huebner** : **A History of German Private Law** - ترجمه إلى الانجليزية الأستاذ **(Philbrick)** لندن سنة ١٩١٨ ص ٤٦٣ — ص ٤٨٦) .

(ثانياً) لما كانت الرابطة الشخصية ليست هى الأمر الجوهرى فى الالتزام ، فمن الممكن أن نتصور وجود التزام دون دائن وقت نشوئه ، فيستند الالتزام إلى المدين وحده . ولو كانت الرابطة الشخصية هى العنصر الأول ، لما أمكن تصور التزام ينشأ دون أن يكون هناك وقت نشوئه دائن ومدين ، لأن الالتزام هو الرابطة الشخصية فيما بين هذين . فإذا لم يوجد أحدهما امتنع وجود هذه الرابطة . أما إذا أخذنا بالمذهب المادى ، أمكن تصور التزام يقع عبئاً فى مال المدين دون أن يكون هناك دائن يقتضى المدين هذا العبء وقت وجود الالتزام ، ويكفى أن يوجد الدائن وقت التنفيذ ، ففى هذا الوقت فقط تظهر الضرورة فى أن يتقدم دائن يستوفى المدين التزامه . ولا شك فى أن تحليل الالتزام على هذا الوجه يفسر كثيراً من المسائل القانونية التى لا يمكن تفسيرها إذا تقيدنا بالمذهب الشخصى . ونذكر من هذه المسائل ما يلى :

(١) **التزام المدين بإرادته المنفردة لغير دائن معين** : هناك حالات عملية نرى فيها شخصاً يلتزم بمجرد إرادته لغير دائن معين . مثل ذلك شخص يعد بجائزة من عثر على شىء ضائع . فالواعد هنا قد التزم بإرادته المنفردة ووجد الالتزام دون دائن ، على أن يوجد هذا الدائن فيما بعد عند تنفيذ الالتزام . فمثل هذا التحليل ، وهو التحليل العامى الصحيح ، لا يتفق إلا مع المذهب المادى ويستعصى على المذهب الشخصى الذى يأبى إلا أن يوجد الدائن وقت نشوء الالتزام .

(٢) **نظرية الاشتراط لمصلحة الغير** : إذا طبقت هذه النظرية فى حالة عقد التأمين لمصلحة شخص غير معين أو شخص لما يوجد وقت نشوء الالتزام ، كما إذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده ولم يكن له ولد وقت التأمين ، فإن الالتزام فى هذه الحالة ينشأ دون أن يوجد الدائن . ولا يمكن تفسير التزام مثل هذا إذا تقيدنا بالمذهب الشخصى . فلا يستطاع إذن تفسيره إلا طبقاً للمذهب المادى .

(٣) **السند لحامله** : من يوقع هذا السند يلتزم لدائن غير معروف هو حامل السند . فهنا أيضاً نشأ الالتزام دون دائن ، ولا يفسر ذلك إلا المذهب المادى .

١١ — تقدير المذهبين الشخصي والمادي : لا شك في أن النظرية المادية من شأنها أن تؤدي إلى نتائج عملية خطيرة الشأن رأينا جانباً منها ، وأدركنا كيف أنها تتمشى مع النظم الاقتصادية القائمة في الوقت الحاضر ومع سرعة تداول المال وتيسير سبل المعاملات . لذلك يجب الاحتفاظ بالمرونة التي يكسبها هذا المذهب لنظرية الالتزام .

على أنه لا يجوز في الوقت ذاته إغفال المذهب الشخصي . فلا يزال الالتزام رابطة فيما بين شخصين . ولا تزال لشخصية المدين والدائن أثر كبير في تكوين الالتزام وتنفيذه . فقد رأينا أنه لا بد من وجود طرفي الالتزام وقت التنفيذ على الأقل . وسنرى أن نية الطرفين — وهذا شيء نفسي — يؤثر تأثيراً كبيراً في وجود الالتزام صحيحاً وفي تنفيذه على الوجه المطلوب . والنية هي السبيل الذي تتسرب منه العوامل الخلقيـة إلى القواعد القانونية . ونضيف إلى ما تقدم أن شخصية المدين بنوع خاص ضرورية في الالتزام ، لا عند تنفيذه فحسب ، بل أيضاً عند نشوئه ، وهذا ما يعترف به المذهب المادي ذاته . ووجود مدين معين في الالتزام إنما هو هذا الذي يقوم عليه الفرق الجوهري ما بين الحق الشخصي والحق العيني . فقد سبق أن أشرنا إلى أن سلطة الدائن على الشيء في الحق الشخصي سلطة غير مباشرة يستعملها الدائن بواسطة المدين ، فهو لا ينفذ إلى محل الالتزام إلا عن طريق شخص المدين ، وهذا ما يجعل من غير المستطاع إغفال الرابطة الشخصية في الالتزام .

والتقنين المدني الجديد ، إذا كان قد أخذ من المذهب المادي نتائج عملية هامة ، لم يهجر في الوقت ذاته المذهب الشخصي ، بل استبقاه في كثير من آثاره . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

§ ٣ — اختيار تعريف للالتزام

١٢ — تعريف التقنين المدني القديم وتعريف التقنين المدني الفرنسي : بعد هذه النظرة العامة للالتزام يمكن الآن أن نختار تعريفـاً له . ونذكر قبل ذلك تعريف التقنين المدني القديم وتعريف التقنين الفرنسي . فقد كانت المادة ٩٠/١٤٤ من

التقنين المدنى القديم تنص على أن « التعهد هو ارتباط قانونى الغرض منه هو حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد بعمل شىء معين أو بامتناعه عنه» . والتقنين القديم كان يسمى الالتزام « تعهداً » . ولفظ « الالتزام » أدق ، لأن التعهد قد يفهم على أنه التزام مصدره العقد دون غيره من المصادر الأخرى .

وقد ورد تعريف الالتزام فى التقنين المدنى الفرنسى عرضاً فى صدد تعريف العقد . فنصت المادة ١١٠١ من هذا التقنين على أن « العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شىء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » . وتعريف التقنين المدنى الفرنسى يقرب من تعريف التقنين المدنى القديم فى أن كلا منهما ينص على أن محل الالتزام هو عمل شىء معين أو الامتناع عن عمل شىء معين . ويزيد القانون الفرنسى أن محل الالتزام قد يكون إعطاء شىء (donner) ، أى نقل ملكية أو حق عينى . والتقنين المدنى القديم يدخل الالتزام بإعطاء شىء فى دائرة الالتزام بعمل .

١٣ — التعريف الذى ورد فى المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد : وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، فى المادة ١٢١ ، يعرف الالتزام على الوجه الآتى : « الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل » .

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع ، تعليقاً على هذا النص ، ما يأتى[1] : « كان فى الوسع تعريف الالتزام بأنه علاقة قانونية أو رابطة من روابط القانون ، ولا سيما أن هذا هو التعريف التقليدى الذى ورد فى التقنين المصرى الحالى (م ٩٠/١٤٤) . بيد أنه يخشى من سياق التعريف على هذا الوجه أن يكون فى ذلك قطع برأى معين فى مسألة حظها من الخلاف فى الفقه الحديث غير قليل . والواقع أن تعريف الالتزام بأنه رابطة قانونية إنما هو اعتناق للمذهب الشخصى ، مع أن الطابع المادى للالتزام أخذ يتزايد نصيبه من البروز فى التشريع الحديث . وقد آثر المشروع أن يعرف الالتزام بأنه حالة قانونية تأكيداً

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ فى الهامش .

لهذه النزعة الحديثة . وهى بعد نزعة الشريعة الغراء فى تصورها لفكرة الالتزام . ويراعى من ناحية أخرى أن ذكر الدائن قد أغفل فى التعريف إغفالا تاماً ولم يذكر إلا المدين . وهذا وجه آخر من وجوه التصوير المادى للالتزام . فالالتزام ، مجرداً من الدائن ، مرتبطاً بالمدين وحده ، إنما يكون عنصراً سلبياً من عناصر الذمة المالية أكثر منه علاقة قانونية تربط ما بين شخصين ، وينهض لتوجيه هذا النظر ما استقر عليه العمل . فمن الميسور عملا تصور التزام ليس له دائن وقت نشوئه ، والاشتراط لمصلحة الغير حافل بالتطبيقات التى يمكن أن تساق فى هذا الصدد . على أن الطابع الشخصى لم يهمل إهمالا تاماً . فالالتزام ، كما هو مذكور فى التعريف ، يستتبع بالضرورة وجود شخص ملزم هو المدين . ومؤدى ذلك أن لكل التزام مديناً يعتبر شخصه عنصراً جوهرياً من عناصره ، وهذا هو نصيب الطابع الشخصى من فكرة الالتزام » .

وقد رؤى حذف هذا النص فى المشروع النهائى تجنباً للتعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه ، وتحرزاً من تأكيد الطابع المادى للالتزام فى نص تشريعى تأكيداً قد يجعله يطغى على الطابع الشخصى . فالتعريف الذى ورد فى المشروع التمهيدى أليق أن يكون مكانه الفقه لا التشريع[1] .

١٤ — **التعريف الذى نختاره** : وفى رأينا أن خير تعريف للالتزام ، فى المرحلة التى وصل إليها من التطور فى الوقت الحاضر ، هو التعريف الذى يبرز المسألتين الآتيتين :

(أولا) أن للالتزام ناحية مادية كما أن له ناحية شخصية . فهو حالة قانونية تربط شخصاً معيناً .

(ثانياً) أنه ليس ضرورياً أن يوجد الدائن منذ نشوء الالتزام .

وعندنا أن التعريف الآتى يفى بهذا الغرض :

« الالتزام حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عينى أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩ فى الهامش .

§ ٤ — أهمية نظرية الالتزام
وتأثرها بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية والأدبية

١٥ — **أهمية نظرية الالتزام** : بعد ما قدمنا من تحديد لنظرية الالتزام ، بقى أن ندل على ما لهذه النظرية من شأن وخطر . فهى من القانون المدنى ، بل ومن القانون عامة ، بمثابة العمود الفقرى من الجسم . ويجعل لها تارد (Tarde) فى علم القانون مكان نظرية القيمة فى علم الاقتصاد السياسى . ويجد علماء القانون فيها مجالا فسيحاً للسمو بالمنطق القانونى إلى أرفع مكان . بل قد يبالغ بعض الفقهاء فيغفل ما تشتمل عليه هذه النظرية من حقائق اجتماعية واقتصادية وأدبية ، ويجردها من كل ذلك ، ويبرزها قواعد فنية خالية إلا من المنطق المحض ، قريبة من المسائل الرياضية والعلوم الطبيعية . بل إن البعض قد غالى إلى حد أن وضع لها أسساً رياضية يضاهى بها النظريات الهندسية .

١٦ — **تطور النظرية** : على أنه إذا صح أن نظرية الالتزام هى أصلح النظريات القانونية ميداناً للتفكير المنطقى ، وأفسحها مجالا للتجريد والتعميم ، وأخصبها تربة لإنبات المبادىء العامة ، وإذا صح أيضاً أنها أولى النظريات قابلية للتوحيد فى شرائع الأمم المختلفة لوحدة أصلها التاريخى ولسيادة المنطق فيها ، فليس بصحيح ما يزعم بعض الفقهاء من أن هذه النظرية لم تتطور ، بل بقيت ثابتة على الزمن ، تلقيناها عن الرومان كما هى دون تغيير يذكر . والصحيح أن نظرية الالتزام تطورت تطوراً كبيراً منذ عهد الرومان إلى اليوم . وقد تأثرت فى تطورها بعوامل اجتماعية واقتصادية وأدبية .

١٧ — **تأثر النظرية بالعوامل الاجتماعية** : فالنظريات الاشتراكية وما فى منحاها من النظريات الاجتماعية الأخرى أثرت فى نظرية الالتزام تأثيراً واضحاً . وهذا عقد العمل ، وقد أخذ يزدحم بالقواعد والأحكام التى تهدف إلى حماية العمال وإلى إعطائهم من الحقوق ما لم يكن لهم من قبل كحرية الاجتماع وحق تكوين النقابات وحق الإضراب . وهذه نظرية العقد ذاتها ، وقد أخذت قوة الإلزام فى العقد تبنى فيها على التضامن الاجتماعى أكثر

مما تقوم على إرادة الفرد . وهذه عقود الإذعان ، وقد أخذت الدولة تتدخل فى تنظيمها حتى لا تترك جانب المستهلك دون حماية وهو الجانب الضعيف . وهذه نظرية الغبن ، وقد أخذت تتسع فى القوانين الحديثة حتى أصبحت نظرية عامة تنطبق على جميع العقود على خلاف ما كانت تقضى به النظريات الفردية من وجوب ترك الفرد حراً فى تعاقده يلتزم بما أراد مهما أصابه من غبن فى ذلك .

١٨ — **تأثر النظرية بالعوامل الاقتصادية** : كذلك كان للعوامل الاقتصادية تأثير كبير فى نظرية الالتزام . فقد كان من شأن السرعة فى تداول المال أن أخذ المذهب المادى للالتزام يبرز إلى جانب المذهب الشخصى كما قدمنا . ووجدت ظاهرة اقتصادية أخرى هى استغلال القوات الطبيعية استغلالا اقتصادياً مما أدى إلى استعمال مختلف الآلات الميكانيكية. وكان لهذا أثره فى نظرية الالتزام ، فقد اقترن تقدم الآلات وكثرة استعمالها بمخاطر جمة تستهدف لها الناس ، وكان هذا سبباً فى تأسيس المسئولية على الخطأ المفروض ، بل وفى خلق نظرية تحمل التبعة . وكان من ذلك أيضاً أن اتسع نطاق عقد التأمين بأنواعه المختلفة، فوسع من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير حتى بدت فى ثوب جديد . وظاهرة اقتصادية ثالثة كان لها أثرها فى نظرية الالتزام هى تجمع رؤوس الأموال للانتاج على أثر تقدم الصناعة ، وكان من وراء ذلك أن جدت نظريات فى تنظيم النشاط الاقتصادى ، وأدى ازدياد هذا النشاط إلى خلق أنواع جديدة من العقود لم تكن معروفة من قبل ، كالعقود الجماعية والعقود النموذجية وعقود التزام المرافق العامة . هذا إلى أن المشاكل الاقتصادية بعد الحربين العالميتين الأخيرتين قد خلقت نظريات قانونية جديدة . نرى هذا فى نظرية الظروف الطارئة، وفى نظرية الوفاء بعملة نقص سعرها وما يتصل بذلك من « شرط الذهب » ، وفى التسعير الجبرى للسلع والأجر .

١٩ — **تأثر النظرية بالعوامل الأدبية** : أما تأثير العوامل الأدبية فى نظرية الالتزام فهو قديم . فالنظرية التى تقضى بأن الغش يفسد العقود ، ونظرية التعسف فى استعمال الحق، والمبدأ القاضى بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب والنظام العام ، كل هذه نظريات

مشبعة بالروح الأدبية ، وهى تقوم على محاربة سوء النية والضرب على أيدى العابثين بالأخلاق والآداب العامة . وهناك الالتزامات الطبيعية ، وهى التزامات تمت بصلة متينة إلى قواعد الأخلاق ، يعترف بها القانون ويضع لها نوعاً من الجزاء ، فتمتزج المثل الأدبية بالقواعد القانونية حتى تصبح شيئاً واحداً . هذا إلى أن المصادر غير التعاقدية للالتزام إنما تقوم على أساس متين من القواعد الأدبية . فالالتزام بالتعويض عن العمل الضار يستند إلى التزام بوجوب الامتناع عن الإضرار بالغير دون حق. كذلك مبدأ الإثراء بلا سبب يمنع الشخص من أن ينتفع على حساب غيره . والالتزامات التى ينشئها القانون، كالتزامات الجوار والتزامات أفراد الأسرة بعضهم نحو بعض ، هى فى الواقع أوامر ونواه أدبية تقضى بوجوب العطف على الجار والكف عن إيذائه والبر بذوى القربى والأرحام . فإذا قلنا إن القانون إنما يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر لا نكون مبالغين فى هذا القول ، ونكون قد دللنا فى الوقت ذاته على أن القانون والأخلاق شيئان متلازمان .

٢٠ — *ترتيب موضوعات الكتاب* : بعد هذه الإلمامة العجلى بالالتزام نبدأ الكلام فى مصادره ، ونقدم لذلك بكلمة فى ترتيب هذه المصادر ، ثم نستعرضها فى أبواب أربعة :

الباب الأول : فى العقد .

الباب الثانى : فى العمل غير المشروع .

الباب الثالث : فى الإثراء بلا سبب .

الباب الرابع : فى القانون .

مصـــــادر الالتزام

مقدمة

فى ترتيب مصادر الالتزام

٢١ — تعريف مصدر الالتزام : المقصود بمصدر الالتزام هنا هو السبب القانونى الذى أنشأ الالتزام . فالتزام المشترى بدفع الثمن مصدره عقد البيع . والتزام المتسبب فى ضرر بتعويضه مصدره العمل غير المشروع . والتزام الأب بالنفقة على عياله مصدره نص فى القانون .

٢٢ — الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام : تذكر القوانين اللاتينية عادة أن مصادر الالتزام خمسة : العقد (contrat) ، وشبه العقد (quasi-contrat) ، والجريمة (délit) ، وشبه الجريمة (quasi-délit) ، والقانون (loi)

فالعقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام ، كعقد البيع يتفق بمقتضاه البائع والمشترى على إنشاء التزامات ، منها ما هو فى جانب البائع كالتزام بنقل الملكية والالتزام بضمان التعرض ، ومنها ما هو فى جانب المشترى كالالتزام بدفع الثمن .

وشبه العقد هو عمل اختيارى مشروع ينشأ عنه التزام نحو الغير ، وقد ينشأ عنه أيضاً التزام مقابل فى جانب ذلك الغير (أنظر المادة ١٣٧١ من التقنين المدنى الفرنسى) . مثل ذلك الفضولى ، فهو يقوم مختاراً بعمل يريد به مصلحة الغير دون أن يتعاقد معه على ذلك، فيلتزم بأن يستمر فى العمل الذى بدأه وبأن يقدم حساباً عنه ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل الاختيارى المشروع الذى قام به . وقد ينشأ عن هذا العمل التزام آخر فى جانب رب العمل ، فيلتزم هذا فى حالة ما إذا أحسن الفضولى القيام بالعمل الذى أخذه على عاتقه بأن يرد ما أنفقه الفضولى من مصروفات ضرورية ونافعة ، وبأن ينفذ ما عقده لفضولى من التزامات فى سبيل القيام بمهمته (أنظر المادة ١٣٧٥ من التقنين المدنى الفرنسى) .

والجريمة هى عمل ضار يأتيه فاعله متعمداً الإضرار بالغير ، كما إذا أتلف شخص عمداً

مالا مملوكاً لغيره ، فينشأ عن هذا العمل الضار التزام فى جانب فاعله بأن يعوض عن المال الذى أتلفه .

وشبه الجريمة عمل يصيب الغير بالضرر كالجريمة ، ولكنه يختلف عنها فى أنه غير مصحوب بنية الإضرار بالغير ، بل يأتيه فاعله عن إهمال وعدم احتياط ، فيلتزم بتعويض الضرر كما فى الجريمة . فإذا قاد شخص سيارة بسرعة غير معتادة ، وتسبب عن ذلك أن دهس شخصاً فى الطريق ، فإنه يلتزم بتعويض المصاب أو ورثته عن الضرر الذى أحدثه .

والقانون قد يكون أخيراً مصدراً للالتزام فينشئه فى حالات معينة ، كما فى التزامات أفراد الأسرة بعضها لبعض من نفقة ورضاع وحضانة ووصاية وقوامة إلى غير ذلك ، وكما فى التزامات الجار نحو جاره .

هذه هى مصادر الالتزام ، وتذكر عادة على الترتيب المتقدم . وقد اتفق علماء الفقه الحديث على انتقاد هذا الترتيب ، ولكنهم اختلفوا فى الترتيب الذى يجب الأخذ به ، ثم استقرت جمهرتهم على ترتيب معين .

وحتى نستوعب هذه المسألة الهامة نبحث أولا من أين أتى هذا الترتيب الذى قدمناه ، ثم نبين وجوه النقد فيه ، ونخلص من ذلك إلى الترتيب الحديث لمصادر الالتزام .

§ ١ — من أين أتى الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام

٢٣ — **القانون الرومانى** : لم يرد هذا الترتيب فى القانون الرومانى فى عهده المدرسى ، فقد كان هذا القانون يرجع الالتزامات إلى نوعين من المصادر : الجريمة (delicta) وتنحصر فى جرائم محددة ، والعقد (contractus) ويشمل على عقود معينة على سبيل الحصر ، ثم إلى مصادر أخرى للالتزامات التى لاتنشأ من الجريمة ولا من العقد ، وهى مصادر مختلفة متفرقة لم يحاول القانون الرومانى ترتيبها ، وأسماها «الأسباب المختلفة» (variae causarum figurae)

هذا هو ترتيب القانون الرومانى لمصادر الالتزام فى عهده المدرسى . ولم يكن فيه شىء

عن شبه العقد ولا عن شبه الجريمة . ولكن جايس Gaius ، أحد فقهاء الرومان المعروفين، رأى أن يضع الالتزامات التي تنشأ من أعمال غير مشروعة إلى جانب الالتزامات التي تنشأ من الجرائم المحددة المعروفة ، بجامعة أن كلا من النوعين ينشأ من عمل غير مشروع[1] والذى كان جايس يعنيه هو اعتبار هذه الالتزامات كأنها تنشأ من جريمة، لا من حيث مصدرها ، لأنها لا تنشأ من جريمة فى الواقع من الأمر ، بل من حيث أثرها ، إذ هى فى حكمها كالالتزامات التى تنشأ من الجرائم ، فلا تنتقل إلى ورثة المدين ويصح أن تجاوز حد الضرر الذى أحدثه العمل . والفرق واضح بين المعنيين ، إذ أن الشبه فى المعنى الأول يقع على المصدر ، ويقع فى المعنى الثانى على الأثر . وكان جايس يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بجريمة (quasi ex delicto tenetur) . ورأى جايس أيضاً أن يضع الالتزامات التى تنشأ من أعمال مشروعة إلى جانب الالتزامات التى تنشأ من العقود المعينة المعروفة[2] ، ويقصد المعنى الذى قصد إليه فى الأعمال غير المشروعة ، فهى التزامات يلتزم بها المدين كما لو كان يلتزم بعقد ، فليست إذن فى مصدرها تنشأ من شبه العقد ، بل هى التزامات كتلك التى تنشأ من العقد من ناحية الأثر . وإلا فالفرق كبير بين العقد وما يسمى بشبه العقد ؛ فالأول توافق إرادتين ، والثانى لا وجود لهذا التوافق فيه . بل قد لا توجد الإرادة فيه أصلا . وكان يقول عن هذه الالتزامات إن المدين فيها يلتزم كما لو كان يلتزم بعقد (quasi ex contractu tenetur)

ولم يلبث الفرق الدقيق بين المعنيين أن زاد دقة وغموضاً ، حتى ورد فيما كتبه جايس نفسه ونقله عنه جستنيان (Justinien) شيء من الخلط بينهما .

على أنه يلاحظ أن كلا من جايس وجستنيان لم يستعمل لفظى « شبه العقد » و « شبه الجريمة » اللذين استعملهما پوتييه (Pothier) والقانون الفرنسى من بعده . وقد

---

(١) فألحق بالجرائم المعروفة ، ومنها السرقة والغش والتهديد ، أعمالا أخرى غير مشروعة ، كإخلال القاضى بواجبات وظيفته ووقوع الشيء من نافذة منزل ، فتصيب الغير بالضرر .

(٢) فألحق بالعقود المعروفة ، ومنها البيع والإيجار والقرض والعارية والمقايضة والقسمة ، أعمالا ووقائع أخرى مشروعة كعمل الفضولى ودفع غير المستحق وحالة الجوار ومركز الشخص فى أسرته فيما يترتب على هذه الوقائع من التزامات .

أخذ هذان اللفظان مدلولاً آخر غير الذى كان يعنيه جايس من اللفظين المقابلين لهما فى ترتيبه . وسنبين ذلك فيما يلى :

٢٤ — **القانون الفرنسى القديم** : أما ترتيب مصادر الالتزام فى القانون الفرنسى القديم فتاريخه تحوير مستمر للنظرية الرومانية حتى خرجت عن معناها الصحيح . ولم يلبث التعبير الرومانى (quasi ex contractu) و (quasi ex delicto) أن انقلب فأصبح (contractu ex quasi) و (ex quasi delicto) . ولكن المعنى فى أول الأمر لم يتغير واقتصر التحوير على اللفظ ، وإن كان « شبه العقد » اتسع نطاقه فأصبح يشمل مسائل أخرى كالقوامة والميراث .

وفى عهد أصحاب الحواشى (glossateurs) صارت مصادر الالتزام العقد وملحق العقد والجريمة وملحق الجريمة ومصادر أخرى متفرقة (causarum figurae variae) . فاستبقى « المحشون » المصادر الأربعة التى عرفت عند جايس وجستنيان ، وزادوا عليها هذه المصادر المتفرقة التى جعلوها مستقلة عن ملحق العقد وملحق الجريمة حتى ينسبوا اليها الالتزامات التى لا يمكن إرجاعها إلى مصدر من المصادر الأربعة الأولى كما فى دعوى الاسترداد بسبب السرقة (condictio furtiva) .

أما المدرسة البارتولية فقد حملها روح التحليل المنطقى التى اشتهرت بها على بحث الأساس الذى بنيت عليه الالتزامات الناشئة من « ملحق العقد » وكان رأى بارتول (Bartole) أن ملحق العقد هذا ليس مبنياً على إرادة حقيقية أو مفترضة ، بل هو مبنى على إرادة وهمية خلقها القانون . وهذه هى الخطوة الأولى فى تقريب « ملحق العقد » من العقد وإخراج هذا التعبير الأول عن المعنى الذى قصد اليه الرومان .

ثم تلى ذلك الخطوة الثانية ، وأصبح « ملحق العقد » يتضمن إرادة مفترضة تقربه من العقد الذى يتضمن إرادة حقيقية . وهكذا ابتعدنا عن النظرية الرومانية وانفرجت مسافة الخلف بين النظريتين . فالنظرية الرومانية كانت ترى «ملحق العقد» هو العمل المشروع الذى ليس بعقد ، أى أن الفكرة الأساسية فيه هى أن تنتفى عنه صفة العقد . أما الآن

« فالملحق بالعقد » هو عمل مشروع يقرب من العقد فى أن كلا منهما ليس عملا مشروعاً فحسب ، بل هو أيضاً مبنى على إرادة حقيقية فى العقد ومفترضة فى ملحق العقد . ومن ثم لصقت صفة العقد بملحق العقد ، وأصبح هذا « شبه عقد » .

ثم أتى بوتييه فجعل مصادر الالتزام خمسة : العقـــد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون .

٢٥ — تقنين نابليون : وانتقل الترتيب الذى أتى به بوتييه إلى تقنين نابليون على علاته . فجعل هذا القانون مصادر الالتزام خمسة هى المصادر ذاتها التى قال بها بوتييه .

وسلم كثير من فقهاء القانون المدنى الفرنسى فى أول الأمر بهذا الترتيب ، ولم يعرضوا له بنقد ، بل جعلوه أساساً لتعليقاتهم وشروحهم .

§ ٢ — نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام

٢٦ — نقد الأستاذ بلانيول[1] : يرى الأستاذ بلانيول (Planiol) أن تقسيم العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام إلى جريمة وشبه جريمة ، بحسب وجود نية التعمد أو انعدامها . لا أهمية له ، لا من حيث نشوء الالتزام ولا من حيث ما يترتب عليه من الأثر . فشبه الجريمة ينشىء التزاماً كالجريمة سواء بسواء ، والتعويض يدفع كاملا فى الحالتين .

أما شبه العقد فهو فى نظر الأستاذ بلانيول تعبير مضلل . ذلك أن أصحاب الترتيب التقليدى يزعمون أن شبه العقد قريب من العقد فى أنه عمل إرادى ، وبعيد عن الجريمة وشبه الجريمة فى أنه عمل مشروع . والواقع عكس ذلك تماماً ، فشبه العقد بعيد عن العقـد لأنه غير إرادى ، وقريب من الجريمة وشبه الجريمة لأنه غير مشروع .

أما أن شبه العقد عمل غير إرادى ، فيظهر هذا من أن الالتزام الناشىء من شبه العقد

---

(١) أنظر مقاله فى المجلة الانتقادية (Revue Critique) سنة ١٩٠٤ ص ٢٢٤ ومابعدها . وانظر أيضاً مختصره فى القانون المدنى جزء ٢ فقرة ٨٠٦ وما بعدها .

ليس على أية صورة من الصور وليد الإرادة — بله توافق الإرادتين — فهو قد ينشأ رغم إرادة الملتزم ، لذلك لا يشترط توافر الأهلية فيه ، بينما يشترط توافرها فى المتعاقد لأن التزامه لا ينشأ إلا بإرادته . وإذا كنا فى شبه العقد قد نصادف عملا إراديا فى مبدأ الأمر كما إذا أقام شخص بناء على أرض الغير فينشأ التزام فى ذمة صاحب الأرض بأن يرد ما أثرى به على صاحب البناء ، فإن هذا العمل الإرادى ليس هو الذى خلق الالتزام ، وليس من صدرت منه هذه الإرادة هو الملتزم ، بل الملتزم هو الشخص الذى لم تصدر منه أية إرادة ، وهو صاحب الأرض الذى فوجىء بالبناء مقاماً على أرضه .

وأما أن شبه العقد عمل غير مشروع ، فيظهر هذا إذا تعمقنا فى تحليل الالتزام الذى ينشأ من شبه العقد . فإننا نقف عادة عند العمل الذى يبدأ به شبه العقد . وهذا العمل مشروع دون شك . فمن يدفع ديناً غير موجود أو يقيم بناء على أرض الغير يقوم بأعمال مشروعة . ولكن هذا العمل المشروع ليس هو الذى ينشىء الالتزام . فإن الملتزم ليس هو الشخص الذى دفع الدين أو أقام البناء ، ومعروف أن سبب الالتزام يتصل بشخص المدين لا بشخص الدائن . فإذا أردنا أن نعرف سبب الالتزام متلمسين إياه متصلا بشخص المدين ، وجدنا أن هذا السبب فى الحالتين المتقدمتين وفى الحالات الأخرى المماثلة يرجع إلى إثراء المدين دون سبب على حساب الدائن ، فوجب عليه أن يرد للدائن ما أثرى به على حسابه ، فالإثراء دون حق هو إذن مصدر الالتزام ، وهو عمل غير مشروع .

ويتبين من ذلك أن شبه العقد ليس بالعمل الإرادى ولا بالعمل المشروع كما يزعمون .

٢٧ — رأى الأستاذ بلانيول فى ترتيب مصادر الالتزام : ثم يقدم الأستاذ بلانيول أساساً لترتيب آخر ، فيذهب إلى أن للالتزام مصدرين اثنين : العقد والقانون . ويرد شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة جميعاً إلى القانون ، ذلك أن الالتزامات التى تنشأ من هذه المصادر الثلاثة ليست إلا التزامات جزائية قامت بسبب الإخلال بالتزامات قانونية ففى شبه العقد يثرى شخص على حساب غيره ، فيخل بالتزام قانونى هو ألا يثرى دون حق على حساب الغير ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانونى التزام جزائى هو رد

ما أثرى به . وفى الجريمة وشبه الجريمة يحدث شخص ، بخطئه العمد أو غير العمد ، ضرراً للغير ، فيخل بالتزام قانونى هو ألا يضر الغير بخطئه ، وينشأ عن الإخلال بهذا الالتزام القانونى التزام جزائى هو تعويض الضرر الذى أحدثه .

والذى يميز هذه الالتزامات الجزائية هو أنها ليست كالالتزامات القانونية درءاً لضرر قد يقع فى المستقبل ، بل هى تعويض عن ضرر قد وقع فى الماضى . على أنه يلاحظ أن هذه الالتزامات الجزائية إنما هى فى الواقع الالتزامات القانونية ذاتها قد استحالت إلى تعويض ، على الوجه الذى نراه فى الالتزامات التعاقدية عندما تستحيل هى أيضاً إلى تعويض إذا لم يمكن تنفيذها عيناً . فكل التزام غير تعاقدى يكون التزاماً قانونياً ، إما فى صورته الأصلية ، وإما فى صورة استحال فيها إلى تعويض . وهو فى الصورة الأولى يراد به درء ضرر قد يقع ، وفى الصورة الثانية يراد به التعويض عن ضرر قد وقع .

٢٨ — *تقدير رأى الأستاذ بلانيول فى ترتيب مصادر الالتزام* : هذا هو الرأى الذى يقدمه الأستاذ بلانيول فى ترتيب مصادر الالتزام . وهو رأى خلاب ، بسيط المظهر ، سهل الفهم . ولكن حظه من الابتداع أقل مما يظهر لأول وهلة . فقد سبقه توليه (Toulier) [١] إلى نقد الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام نقداً جدياً ، وبين فى وضوح وجلاء : (أولاً) أن مصادر الالتزام لا تعدو أن تكون الاتفاق أو القانون . (ثانياً) أن الالتزامات التى يكون مصدرها القانون إما أن تستند إلى القانون رأساً وإما أن تنشأ على أثر عمل صادر من المدين أو الدائن . (ثالثاً) أن ما يسميه القانون بشبه العقد إنما يرجع إلى قاعدة عادلة هى عدم مشروعية الإثراء على حساب الغير ، وأن المشرع كما ألزم من يأتى بعمل غير مشروع تعويض الضرر الذى يحدث من هذا العمل ، ألزم كذلك من يثرى

---

(١) توليه ١١ فقرة ٢ ، ومابعدها . ولعل توليه هو أول من نقد الترتيب الذى أتى به قانون نابليون نقداً جدياً ، ويحس القارىء فى كتابته الدقة والتعمق عند معالجته هذا الموضوع . وقد أنصف بلانيول توليه حين ذكر عنه ما يأتى : « ... إن هاتين الصفحتين من كتابه ، وهما صادرتان عن تفكير قوى وتعبير متين ، لم يلفتا نظر من جاء بعده من الفقهاء . ولا ندرى كيف أن ديمولومب ، وهو الذى استعان كثيراً بكتاب توليه فى هذا الموضوع ، لم يخلص منه بفائدة . فإننا إذا لم نقرأ آراء توليه إلا عن طريق ما اقتبسه منه ديمولومب لا نحزر أن توليه قد أتى بهذه الآثار العميقة المنتجة » . (بلانيول ٢ فقرة ٨١١ هامش رقم ١) .

بعمل مشروع على حساب غيره أن يرد إلى هذا الغير ما أثرى به على حسابه ، وهذا تقابل منطق عادل .

ولكن بلانيول كان مبتدعاً عندما أوجد الصلة بين الالتزامات القانونية والالتزامات التى تنشأ من الجريمة وشبه الجريمة وشبه العقد . فهذه الالتزامات الأخيرة كما يقول ما هى إلا التزامات قانونية استحالت إلى تعويض مالى . وكان مبتدعاً كذلك عندما أرجع كل هذه الالتزامات غير التعاقدية إلى فكرتين أساسيتين : درء خطر قد يقع ، أو التعويض عن ضرر قد وقع .

على أنه بالرغم من روعة ما فى هذا التحليل من جدة وبساطة ، فليس فيه ما يلقى كثيراً من الضوء على ترتيب مصادر الالتزام . إذ نكاد نكون بعد نظرية بلانيول حيث كنا قبلها ، لم نتقدم خطوة كبيرة إلى الأمام . فهى أقرب إلى التعليل منها إلى التحليل ، لأنها توضح علة وجود الالتزامات أكثر مما تبين من مصدر نشوئها .

هذا هو بوجه إجمالى موضع الضعف فى نظرية الأستاذ بلانيول . وإذا أردنا نقد تفاصيلها أخذنا عليها ما يأتى :

(أولاً) إذا صح أن القانون مصدر لكل الالتزامات غير التعاقدية ، فهو مصدر غير مباشر بالنسبة إلى بعضها ، ومصدر مباشر بالنسبة إلى بعض آخر[١] . وكان الأولى أن يبرز العمل كما برز العقد مصدراً مستقلا من مصادر الالتزام .

(ثانياً) بالغ الأستاذ بلانيول فى تأكيده بأن شبه العقد عمل غير مشروع ، مع أن القول بأنه عمل مشروع لا يخلو من الوجاهة . ذلك أن المثرى على حساب الغير إنما يلتزم بعمل إذا نظرنا اليه فى أصله كان مشروعاً ، وإذا نظرنا اليه فى نتيجته كان غير مشروع . فهو عمل يتسبب عنه إثراء على حساب الغير . فيبقى العمل فى ذاته مشروعاً وإن تسببت عنه نتيجة غير مشروعة .

---

(١) إذا قلنا إن القانون مصدر مباشر لبعض الالتزامات فإننا نقصد بذلك أن هذه الالتزامات لا تزال تتولد من وقائع قانونية ، شأنها فى ذلك شأن الالتزامات التى تتولد من العقد ومن العمل غير المشروع ومن الإثراء بلا سبب ، ولكنها لا تتولد عن هذه الوقائع إلا فى حالات خاصة ينص عليها القانون بطريق مباشر .

على أنه من الإنصاف أن يقال إن لبلانيول فضلاً كبيراً فى توجيه نظر الفقهاء إلى عيوب الترتيب التقليدى لمصادر الالتزام . وقد أجمع الفقهاء ، على أثر الحملة التى قام بها ، على نقد هذا الترتيب . وما لبثوا أن هجروه إلى ترتيب حديث ، ننتقل الآن اليه .

§ ٣ — الترتيب الحديث لمصادر الالتزام

٢٩ — التقنين المدنى القديم : نص التقنين المدنى القديم فى المادة ١٤٧/٩٣ على أن « التعهدات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص القانون » . وهذا الترتيب خير بكثير من الترتيب الذى أتى به التقنين المدنى الفرنسى . فقد تجنب أكثر وجوه النقد التى توجه إلى الترتيب الأخير ، فلم يفرق بين الجريمة وشبه الجريمة ، ولم يجعل ما يسمى « بشبه العقد » مصدراً للالتزام ، بل جمع المصادر التى وزعها القانون الفرنسى بين شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة فى مصدر واحد وأسماه « فعلا » (fait) ، وأبقى العقد والقانون مصدرين مستقلين .

وكل ما يمكن أن يوجه للتقنين المصرى القديم من النقد أنه لم يبين ما ينطوى تحت كلمة « الفعل » من معان . فالفعل إما أن يكون من شأنه أن يفقر الدائن دون حق ، وهذا هو العمل غير المشروع . وإما أن يكون من شأنه أن يغنى المدين دون سبب ، وهذا هو الإثراء بلا سبب . وهكذا ينكشف عن « الفعل » مصدران لا مصدر واحد ، كان فصل أحدهما عن الآخر أجلى بياناً وأوسع إحاطة .

٣٠ — التقنينات الحديثة والفقه الحديث : وإذا رجعنا إلى التقنينات الحديثة ، كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى والمشروع الفرنسى الإيطالى والتقنين الإيطالى الجديد ، وأردنا أن نستخلص منها ما توخته من ترتيب لمصادر الالتزام ، أمكن أن يقال فى شىء من التعميم إن المصادر التى أقرتها هذه التقنينات خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

ويشترك هذا الترتيب الحديث مع الترتيب القديم فى مصدرين هما العقد والقانون . أما الجريمة وشبه الجريمة فيجتمعان فى « العمل غير المشروع » . وشبه العقد فى الترتيب

القديم يقابله الإثراء بلا سبب . ويزيد الترتيب الحديث الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام . وهذا الترتيب هو الذى أخذ به أكثر الفقهاء فى الفقه الحديث[١] .

٣١ — التقنين المدنى الجديد : ويلاحظ أن التقنينات الحديثة لاتورد فى نص خاص مصادر الالتزام مرتبة هذا الترتيب الخماسى الذى تقدم ذكره ، بل إن هذا الترتيب يستخلص من التبويب الذى اتخذته هذه التقنينات . وعلى هذا النحو جرى التقنين المدنى الجديد ، فلم يورد نصاً خاصاً يقر فيه أى ترتيب معين ، بل اقتصر على عرض مصادر الالتزام المختلفة فى فصول متعاقبة ، مرتبة على النحو المتقدم ، وقد ورد فى هذا الصدد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى :

« والواقع أن أحدث التقنينات ، ولا سيما ما كان منها جرمانى النزعة . لايورد فى النصوص تقسيما للمصادر . بل إن المشروع الفرنسى الإيطالى ذاته ، على شدة تأثره بالنزعة اللاتينية ، انتهى إلى الإعراض عن كل تقسيم فقهى ، ونعى على التقسيم الذى اتبعه التقنين الفرنسى قصوره وفساده ومجانبته للمعقول . وقد برر واضعو المشروع الفرنسى الإيطالى

---

(١) ويذهب الدكتور حلمى بهجت بدوى (أنظر كتابه فى أصول الالتزامات ص ٣٦ — ص ٤٠) إلى أنه لا يوجد إلا مصدران للالتزام : الإرادة والقانون . ولكنه يختلف اختلافاً جوهرياً عن القائلين بالترتيب الثنائى . فعنده أن الالتزام العقدى يتحلل إلى التزامين مستقلين لكل منهما مصدر خاص : الدين ومصدره الإرادة ، وإجبار المدين على الوفاء ومصدره القانون . وهذا الالتزام الثانى هو المسئولية العقدية . وهو يذهب إلى أن المسئولية العقدية ، كغيرها من أحوال المسئولية الأخرى ، مصدرها القانون . فالقانون يقضى بالمسئولية إذا أخل المتعهد بالوفاء بتعهده ، وإذا أضر الإنسان بغيره ، وإذا أثرى على حساب غيره ، وإذا تدخل فى شؤون غيره ...

ولا نطيل القول فى نقد هذا التقسيم فإن المؤلف نفسه لم يلتزمه . ونجتزىء بالإشارة إلى أن عيبه الجوهرى فى رأينا هو أن المؤلف يذهب إلى أن مصدر المسئولية العقدية يختلف عن مصدر الدين العقدى . والصحيح أن المسئولية العقدية والدين العقدى لهما مصدر واحد هو الإرادة . ذلك أن المدين فى العقد إنما أراد أن يرتب فى ذمته ديناً وأراد أيضاً أن يكون لدائنه حق إجباره على الوفاء بهذا الدين ، والقانون يأتى بعد ذلك يقر هذه الإرادة فى شقيها ، شق المديونية وشق المسئولية . فلا محل مطلقاً للتمييز مابين المديونية والمسئولية من حيث المصدر . وقد رأينا فيما تقدم أن الألمان يميزون ما بين المديونية والمسئولية فى الالتزام العقدى ولكنهم لايجعلون أحدهما يختلف فى مصدره عن الآخر . فلا يمكن الاستناد إذن إلى النظرية الألمانية للدفاع عن هذا التقسيم .

إعراضهم عن كل تقسيم ونبذهم للأحكام الحالية الواردة فى المادة ١٣٧٠ من التقنين المدنى الفرنسى والمادة ١٠٩٧ من التقنين المدنى الإيطالى بأن التقسيم الذى اتبعه هذان النصان أليق بأغراض التعليم منه بأغراض النصوص التشريعية . واستطرد التقرير الخاص بالمشروع المتقدم ذكره قائلا : « والخلاصة أن الفقه بوسعه أن يجرى على التقسيم التقليدى أو أن يحل محله تقسيماً أكثر اتفاقاً مع المعقول ، والنتيجة أن إسقاط التقسيم من المشروع قد أزال من النصوص عقبة تحول دون حرية اجتهاد الفقه فى الإبداع والتصور » . وقد رؤى من الأنسب اقتفاء أثر المشروع الفرنسى الإيطالى وتقنينات حديثة أخرى ، فلم يقتصر الأمر على الإعراض عن التقسيم البالى الذى اتبعه التقنين الفرنسى العتيق ، بل جاوز ذلك إلى العدول عن إقرار أى تقسيم رسمى فى النصوص . وعلى هذا النحو قنع المشروع بعرض مصادر الالتزام المختلفة دون أن يجهد فى ردها إلى أقسام جامعة شاملة فى نص خاص . فعمد نسجاً على منوال أحدث التقنينات ، إلى البدء بأحكام العقد والإرادة المنفردة[١] ، ثم تناول العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، وانتهى بالالتزامات التى تنشأ مباشرة من نص القانون[٢] .

٣٢ — أساس علمى لترتيب مصادر الالتزام ومصادر الحقوق بوجه عام :

تبين مما تقدم أن التقنينات الحديثة جعلت مصادر الالتزام خمسة : العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون .

وهذا الترتيب تغلب فيه الناحية العملية ، وينقصه الأساس العلمى الذى يرتكز عليه . فلا يكفى أن نقول إن هذه هى مصادر الالتزام ، بل يجب إرجاع هذه المصادر إلى أصول علمية منطقية .

---

(١) وسنرى أن الإرادة المنفردة ، إذا كان المشروع التمهيدى قد اعتبرها مصدراً عاماً للالتزام كالعقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب ، إلا أنها فى المشروع النهائى ، ثم فى التقنين الجديد ، لم تصبح مصدراً للالتزام إلا فى حالات خاصة يعينها نص فى القانون . ومن ثم أصبحت الالتزامات التى مصدرها الإرادة المنفردة فى التقنين الجديد إنما هى التزامات أنشأها القانون بطريق مباشر بمقتضى نصوص خاصة ، وقد عالجناها ضمن الالتزامات التى تنشأ من القانون .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢ هامش رقم ١ .

ونحن إذا أردنا أن نرجع مصادر الالتزام إلى ترتيب منطقى ، وفهمنا أن المراد بالمصدر هو السبب القانونى الذى ينشىء الالتزام ، وجدنا عند التأمل أن الأسباب القانونية التى تنشىء الالتزامات ليست مقصورة على هذه الدائرة — دائرة الحقوق الشخصية — بل هى تتناول أيضاً الحقوق العينية ، بل تجاوز قانون الأموال إلى قانون الأسرة ، بل هى تحلق فى سماء القانون ، وتنشىء كل العلاقات القانونية أو تؤثر فيها ، سواء كانت هذه العلاقات ترجع إلى القانون الخاص أو إلى القانون العام .

ومن الواضح أن السبب الذى ينشىء علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يجدّ فيحدث تعديلا فى العلاقات القانونية الموجودة . ولو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران ، وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون ، أمكن أن نقول إن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغير فى الوقت الذى تجمد فيه كل حركة . فإذا حدثت بعد ذلك أية حركة ، فقد يكون من شأنها أن تعدل فى هذه العلاقات . هذه الحركة التى وقعت نسميها « بالواقعة » . فإذا كان من شأنها أن تنتج أثراً قانونياً سميت « بالواقعة القانونية » (fait juridique) . وهى إما أن تكون راجعة لإرادة الإنسان ، وإما ألا ترجع لهذه الإرادة .

فهبوب العواصف ، وانفجار البراكين ، ودوران الأرض ، كل هذه وقائع لا ترجع لإرادة الإنسان ؛ بل هى من عمل الطبيعة . وقد تؤثر فى العلاقات القانونية الموجودة : هبوب العواصف أو انفجار البراكين قد يكون قوة قاهرة تعفى المدين من التزامه . ودوران الأرض حول نفسها يعين ساعات تنفيذ الالتزام فى عقد العمل . ودورانها حول الشمس يحصى عدد السنين اللازمة للتملك بالتقادم .

والوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية ، قد يريد صاحبها أن يحدث بها أثراً فى الروابط القانونية الموجودة أو لا يريد ذلك . فهو يأكل ويمشى ويتحدث ويعاشر الناس ويجاملهم ، وهو لا يريد عادة من وراء هذا أن يؤثر فى علاقاته القانونية . ولكن هذه العلاقات قد تتأثر دون أن تتجه إرادته إلى شىء من ذلك . فإذا أكل شيئاً لا يملكه أصبح مسئولا عن تعويض المالك . وإذا مشى دون حيطة فأتلف شيئاً وجب

عليه أن يعوض عما أتلف . وإذا تحدث فذكر مثالب للغير فقد يكون هذا سباً أو قذفاً يجعله مسئولاً . وإذا جامل الغير فقام ببعض شؤونهم فقد يجد نفسه ملزماً بإتمام ما بدأ به ويكون دائناً لهذا الغير بمقدار ما كلفه العمل . ويلاحظ أنه فى الوقائع المتقدمة قد قام الشخص بأعمال مادية اختيارية ، أراد النتائج التى تترتب عليها فى بعض الفروض . ولكنه فى أكثر الفروض لم يرد شيئاً من هذه النتائج .

وهناك من الوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان ما ليس بأعمال مادية ، بل هى أعمال إرادية . ونريد بالعمل الإرادى هنا عمل الإرادة المحضة تتجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة . مثل هذه الوقائع تسمى أعمالا قانونية (actes juridiques) تمييزاً لها عن الأعمال المادية . ومنها ما يرجع لإرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف والوعد بجائزة (الجعالة) ويسمى بالعمل القانونى الصادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) ، ومنها ما يرجع لإرادته مقرونة بإرادة طرف آخر ، وهذا هو العقد (acte juridique bilatéral, contrat) .

من ذلك نرى أن الوقائع هى مصادر الروابط القانونية . والوقائع إما أن تكون طبيعية (faits naturels) أو اختيارية (faits volontaires) . والوقائع الاختيارية إما أن تكون أعمالا مادية (actes matériels) أو أعمالا قانونية (actes juridiques) . والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد (actes unilatéraux) أو صادرة من الجانبين (actes bilatéraux, contrats) والقانون من وراء كل ذلك محيط ، فهو الذى يحدد الآثار القانونية التى تترتب على الوقائع والأعمال جميعاً .

ويلاحظ فى هذا الترتيب أننا تدرجنا من الأعم إلى الأخص . فالوقائع القانونية تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الاختيارية ، والوقائع الاختيارية تشمل الأعمال المادية والأعمال القانونية . والأعمال القانونية تشمل الأعمال الصادرة من جانب واحد والأعمال الصادرة من الجانبين .

٣٣ — **تطبيق هذا الترتيب على مصادر الحقوق العينية** : المعروف أن أسباب كسب الحقوق العينية سبعة : الاستيلاء والميراث والوصية والالتصاق والعقد والشفعة والحيازة .

فإذا رتبنا هذه الأسباب على النحو الذى قدمناه كان منها الوقائع الطبيعية ، وهى الميراث وأسباب الأخذ بالشفعة والتقادم . ومنها الأعمال المادية ، وهى الاستيلاء والالتصاق والحيازة . ومنها الأعمال القانونية ، بعضها عمل صادر من جانب واحد وهى الوصية وإعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة : وبعض آخر عمل صادر من الجانبين ، وهو العقد[1] .

---

(١) وهذا الترتيب الذى توخيناه تظهر فيه مزيتان متصلتان بأسباب كسب الحقوق العينية :

(الأولى) أنه يفسر بعض المسائل العامة . فكثيراً ما يناقش الفقهاء هل الشفعة حق عينى أو هى شىء غير ذلك ؟ كما يتناقشون فى طبيعة الحيازة وهل هى حق عينى ؟ ونحن لا نتردد فى الإجابة على هذه المسائل بما قدمناه . فلا الشفعة ولا الحيازة بحق عينى أو حق شخصى ، بل هما واقعتان قانونيتان تدخلان فى أسباب كسب الملكية . فهما إذن ليسا بحقوق ، بل هما مصدر للحقوق . ولا يصح أن يقال عن أى منهما إنه حق عينى أو حق شخصى بالقدر الذى لا يصح أن يقال به إن العقد ، وهو أيضاً مصدر للحقوق ، حق عينى أو حق شخصى . والأهمية العملية لعدم اعتبار الشفعة حقاً أنه لا يجوز لدائنى الشفيع أن يستعملوا الشفعة باسم مدينهم .

والذى ضلل الناس فى أمر الشفعة هو أنها تجعل الشفيع بالنسبة إلى العين المشفوع فيها فى منزلة من له الحق فى أن يتملكها . وهذه منزلة وسط بين مجرد الرخصة فى التملك ، حيث يكون الشخص أجنبياً عن الشىء ، وحق الملكية الكامل ، حيث يكون للشخص حق عينى فى الشىء . ونظير ذلك شخص صدر له إيجاب بالبيع ، فهو أيضاً فى منزلة وسطى بين من له مجرد الرخصة فى الشراء قبل صدور الايجاب وبين المشترى الذى أصبح مالكا عند تمام البيع . وقد نبه فقهاء الشريعة الاسلامية إلى هذه المنزلة الوسطى . ووصفوها بأنها حق الشخص فى أن يتملك ، أو كما يقول القرافى فى الفروق : « من انعقد له سبب المطالبة بالملك » ويفرق بين هذا وبين «من ملك أن يملك» (الفروق للقرافى المطبعة التونسية سنة ١٣٠٢ الجزء الثالث ص ٢٨ — ص ٣١ — النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته فقرة ٣٢٢ ص ٢٦٥ ومابعدها) .

والقائلون بانتقال الشفعة إلى الورثة يعنون بذلك أن الحق فى التملك بسبب الشفعة — وهو كما قلنا منزلة وسطى بين مجرد الرخصة والحق الكامل — ينتقل بالميراث ، ونظير ذلك أن ينتقل حق من وجه إليه الإيجاب إلى ورثته بعد موته فيقبلون بدلا منه ، وسنرى أن هذا الحق لا ينتقل إلى الورثة وأن الإيجاب يسقط بموت من وجه إليه هذا الإيجاب .

(الثانية) أن هذا الترتيب يزيل لبساً نشأ من عدم الدقة فى تعريف العمل المادى والعمل القانونى . فقد جرى الفقهاء على أن تعريف العمل المادى بأنه واقعة اختيارية لا يقصد منها صاحبها النتيجة القانونية التى تترتب عليها ، أما العمل القانونى فواقعة اختيارية يقصد نتيجتها القانونية . فإذا سلمنا بهذا التعريف تساءلنا أين إذن نضع الاستيلاء والحيازة ؟ نضعهما طبقاً للتعريف المتقدم فى الأعمال القانونية لأن القائم بهما =

٣٤ — **تطبيق الترتيب على مصادر الالتزام :** ونطبق هذا الترتيب العلمى على مصادر الالتزام . فالوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة يرتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعى . لذلك يصح إسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة فيكون هو مصدرها .

والأعمال المادية قسمان : القسم الأول أعمال غير مشروعة تصدر من المدين فتفقر الدائن دون حق فيلتزم المدين بالتعويض ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادى الضار . والقسم الثانى أعمال مشروعة تغنى المدين على حساب الدائن فيلتزم المدين أن يرد ما اغتنى به ، ومصدر هذا الالتزام هو العمل المادى النافع .

= يقصد ما يترتب عليهما من النتائج . ولكن القول بهذا يخالف المعقول ، فمن غير الممكن التسليم بأن الاستيلاء والحيازة من الأعمال القانونية ، لذلك يخرجهما بعض الفقهاء من دائرة هذه الأعمال بتعليلات مشكوك فى وجاهتها (أنظر ديموج ١ ص ١٢ — ص ٢٦) . ولا شك فى أن الإستيلاء والحيازة أعمال مادية . لذلك وجب أن يصحح تعريف العمل المادى والعمل القانونى . فالأول هو عمل مادى يقع من الإنسان باختياره، سواء أراد النتيجة القانونية التى تترتب عليه أو لم يرد . فالعمل الضار هو عمل مادى اختيارى لا يريد صاحبه ما يترتب عليه من النتائج القانونية ، والاستيلاء عمل مادى اختيارى يريد صاحبه هذه النتائج ، والالتصاق والفضالة من الأعمال المادية الاختيارية التى قد يريد صاحبها نتائجها القانونية وقد لا يريدها . أما العمل القانونى فليس بعمل مادى ، بل هو إرادة محضة تتجه لإحداث نتيجة قانونية معينة . فالذى يميز إذن بين العمل المادى والعمل القانونى ليس هو كما يظن الكثيرون أن الأول لا تقصد نتيجته القانونية ، والثانى تقصد منه هذه النتيجة ، ولكن المميز بين العملين هو أن الأول مادى والثانى غير مادى أو هو مجرد إرادة تتجه لإحداث أثر قانونى .

على أنه يمكن تمييز طائفة ثالثة من الوقائع القانونية تصح تسميتها بالوقائع المركبة والوقائع المختلطة . فإذا كانت الواقعة القانونية تتركب من واقعة مادية وعمل قانونى ، كانت مركبة (complexe) . مثل ذلك الشفعة اقترن فيها بيع العين المشفوعة مع الشيوع أو الجوار ، وهذه واقعة مادية ، بإعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة ، وهذا عمل قانونى . أما إذا كانت الواقعة القانونية شيئاً واحداً ولكن اختلط فيه العنصر المادى بعنصر الإرادة ، كانت الواقعة مختلطة (mixte) . مثل ذلك الاستيلاء اختلطت فيه الحيازة المادية ، وهى عنصر مادى ، بإرادة المستولى فى أن يتملك فى الحال ، وهى عنصر إرادى ، ولكن العنصر المادى هنا هو المتغلب . ومثل ذلك أيضاً الوفاء اختلط فيه تسليم الشيء الواجب الأداء ، وهو عنصر مادى ، بالاتفاق على انقضاء الدين ، وهو عنصر إرادى ، ولكن العنصر الإرادى هنا هو المتغلب .

والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من الجانبين وهذا هو العقد ، أو صادرة من جانب واحد وهذه هى الإرادة المنفردة .

ومن ذلك نرى أن العقد والإرادة المنفردة تتضمنها الأعمال القانونية . وهذه يقابلها الأعمال المادية ويدخل فيها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب . وكل من الأعمال القانونية والأعمال المادية وقائع اختيارية تقابلها الوقائع الطبيعية ، وهذه هى التى تنسب للقانون .

الباب الأول

العقد

LE CONTRAT

تمهيـد

٣٥ — مسائل ثلاث : نمهد للكلام فى العقـد بكلمات ثلاث : إحداها فى تعريف العقد ، والثانية فى مبدأ سلطان الإرادة ، والثالثة فى تقسيم العقود .

* * *

§ ١ — تعريف العقد

٣٦ — الاتفاق والعقد : يميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد .

فالاتفاق (convention) هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشـاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه . فالاتفاق على إنشاء التزام مثله عقد البيع ، ينشىء التزامات فى جانب كل من البائع والمشترى . والاتفاق على نقل التزام مثله الحوالة ، تنقل الحق أو الدين من دائن لدائن آخر أو من مدين لمدين آخر . والاتفاق على تعـديل التزام مثله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام أو إضافة شرط له . والاتفاق على إنهاء التزام مثله الوفاء ينتهى به الدين .

والعقد (contrat) أخص من الاتفاق ، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله. ومن ذلك يتضح أن كل عقـد يكون اتفاقاً . أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشئاً لالتزام أو ناقلا له . فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد .

وقد نقل التقنين المدنى الفرنسى هذا التفريق بين العقد والاتفاق عن بوتييه ودوما ، إذ عرف العقد فى المادة ١١٠١ بأنه اتفـاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شىء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله . فالعقد إذن بمقتضى هذا التعريف اتفاق ينشىء التزاماً ، فهو نوع (espèce) والاتفاق جنس (genre) له . ويلاحظ أن التعريف الذى أورده التقنين الفرنسى يجمع بين تعريف العقد وتعريف الالتزام . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٣٧ — لا أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد : ولا نرى أهمية للتمييز بين الاتفاق والعقد . ونتفق فى هذا مع أكثر الفقهاء . وإذا كان الفقهاء الذين يقولون بالتمييز يرون أهمية له من حيث الأهلية ، فهى تختلف فى العقد عنها فى الاتفاق ، فإنه يلاحظ على هذا الرأى أن الأهلية تختلف باختلاف العقود ذاتها ، فهى فى عقود التبرع مثلا غيرها فى عقود المعاوضة ، ومع ذلك لم يقل أحد إن هناك فرقاً ما بين الهبة والبيع من حيث أن كلا منهما عقد لمجرد أن الأهلية تختلف فى أحدهما عنها فى الآخر .

وكان المشروع التمهيدى يورد تعريفاً للعقد لا يميز فيه بينه وبين الاتفاق . فنصت المادة ١٢٢ من هذا المشروع على أن « العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها » . وهذا هو تعريف المشروع الفرنسى الإيطالى فى المادة الأولى منه . وقد قصد من إيراد هذا التعريف فى المشروع نفى كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً كما صرحت بذلك المذكرة الإيضاحية[1] . وإذا كان هذا التعريف قد حذف فى المشروع النهائى فإن هذا الحذف لا يعنى عدولا عن عدم التمييز بين الاتفاق والعقد ، بل كان الحذف مجاراة لسياسة تشريعية هى تجنب الإكثار من التعريفات الفقهية[2] .

لذلك نرى أن يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه .

٣٨ — وجوب الاتفاق على إحداث أثر قانونى : والمهم فى العقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانونى . فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانونى المقصود من هذه الكلمة . ويتبين ذلك من الظروف والملابسات .

فقد يدعو شخص آخر إلى وليمة ، فى نطاق المجاملات الاجتماعية ، فيقبل المدعو ، ولا يقصد الطرفان من هذا الاتفاق أن ينشئا التزاماً قانونياً فيما بينهما . فإذا تخلف المدعو

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠ فى الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ فى الهامش و ص ٩ فى الهامش .

أو عدل الداعى لم تترتب على ذلك مسئولية فى جانب من أخل منهما بوعده . ولـكن قد يكون تقديم الطعام التزاماً قانونياً إذا قصد المتعاقدان ذلك . ويتبين قصدهما من الظروف . فإذا اتفقت شركة مع مستخدم عندها على أن تقدم له الغذاء أثناء عمله فى جهة نائية ، أو تعهد صاحب الفندق أن يقدم الطعام للنزيل ، فهذا التعهد ذو أثر قانونى وهو ملزم للمتعهد .

وقد يتبرع صديق لصديقه بتقديم خدمة مجانية دون أن يقصد الالتزام قانوناً بتقديم هذه الخدمة . فإذا وعد مزارع جاره أن يقدم له المعونة دون مقابل فى حصاد زرعه ، أو تقدم طبيب لمعالجة صديق له دون أجر ، أو عرض شخص على صديقه أن يستصحبه فى سيارته فلا تنطوى هذه الاتفاقات على معنى الإلزام . وإنما يكون الإلزام إذا قصد إليه الطرفان . فالطبيب الذى تعهد أن يعالج فقيراً دون أجر يلتزم قانوناً بذلك .

وقد تقوم اتفاقات بين أعضاء الأسرة لا يقصد بها عقد التزامات قانونية . فالولد الذى يعمل مع أبيه فى صناعته ، والزوجة التى تعين زوجها فى تجارته ، والأب الذى يعد ابنه بجائزة إذا نجح فى الامتحان ، لا يقصد أى منهم أن يرتبط ارتباطاً ملزماً . ولـكن إذا قام هذا القصد ترتب على قيامه الارتباط القانونى . فقد يعمل الولد أجيراً عند أبيه ، وقد تشارك الزوجة زوجها فى تجارته ، وقد يعد شخص بجائزة من يقدم خير تصميم لمبنى يريد إقامته فيفوز ابنه المهندس بالجائزة .

٣٩ — *تحديد منطقة العقد* : وليس كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانونى يكون عقداً . بل يجب أن يكون هذا الاتفاق واقعاً فى نطاق القانون الخاص وفى دائرة المعاملات المالية .

فالمعاهدة اتفاق بين دولة ودولة ، والنيابة اتفاق بين النائب وناخبيه ، وتولية الوظيفة العامة اتفاق بين الحكومة والموظف . ولـكن هذه الاتفاقات ليست عقوداً إذ هى تقع فى نطاق القانون العام : الدولى والدستورى والإدارى .

والزواج اتفاق بين الزوجين ، والتبنى فى الشرائع التى تجيزه اتفاق بين الوالد المتبنِّى والولد المتبنَّى ولـكن يجدر ألا تدعى هذه الاتفاقات عقوداً وإن وقعت فى نطاق القانون الخاص ، لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية .

فإذا وقع اتفاق فى نطاق القانون الخاص وفى دائرة المعاملات المالية فهو عقد . تستوى فى ذلك العقود التى يقف فيها المتعاقدان على قدم المساواة وتلك التى يذعن فيها أحد المتعاقدين للآخر ، والعقود التى توفق ما بين مصالح متعارضة وتلك التى تجمع ما بين مصالح متوافقة ، والعقود الذاتية (actes subjectifs) وتلك التى تنظم أوضاعاً مستقرة (actes-règle, actes-condition) . وكان بعض فقهاء القانون العام يريدون إخراج عقود الإذعان (contrats d'adhésion) والعقود التى تجمع ما بين المصالح المتوافقة كعقد الشركة، والعقود التى تنظم أوضاعاً مستقرة كالعقود الجماعية (contrats collectifs) ، من منطقة العقد . ولكن هذا الرأى لم يسد فى القانون المدنى .

٤٠ — ***المذهبان الشخصى والمادى فى العقد*** : سبق أن أشرنا إلى مذهبين فى الالتزام، أحدهما شخصى ينظر إلى الالتزام كرابطة شخصية ، والآخر مادى ينظر إليه كقيمة مالية . هذان المذهبان نراهما أيضاً فى العقد . فالمذهب الشخصى يرى العقد وليد الإرادة الباطنة أو الإرادة النفسية . والمذهب المادى يراه وليد الإرادة الظاهرة أو الإرادة المادية .

والقوانين اللاتينية ، هنا أيضاً ، هى التى تذهب مذهباً شخصياً فى العقد ، وتأخذ بنظرية الإرادة الباطنة (volonté interne) ، وعندها أن العبرة بإرادة المتعاقدين التى يكنانها فى الضمير ، وما التعبير المادى عن هذه الإرادة إلا مجرد دليل يكشف عنها . فإن اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ به ، وإلا فالعبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى.

أما القوانين الجرمانية فتأخذ فى كثير من الأحوال بالإرادة الظاهرة (volonté externe, déclaration de volonté) ، وتقف عند التعبير عن الإرادة ، ولا شأن لها بالإرادة الحقيقية . فالتعبير المادى عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها ، بل هو الإرادة ذاتها : الإرادة فى ثوبها الاجتماعى حيث يمكن التعرف عليها . وهذا المظهر المادى هو المظهر الذى يجب الوقوف عنده ، ما دام العقد ينشىء روابط اجتماعية . ولا عبرة بالإرادة التى تنطوى عليها النفس ، فهى من الظواهر النفسية ، لا يعبأ القانون بها وهو ينظم الروابط الاجتماعية . وسنعود إلى هذا الموضوع ببيان أوفى فيما يلى .

§ ٢ — مبدأ سلطان الارادة

(Autonomie de la Volonté)

٤١ — *عرض عام للمبدأ* : يذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر فى تكوين العقد وفى الآثار التى تترتب عليه ، بل وفى جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية .

وعندهم أن النظام الاجتماعى يرتكز على الفرد . فهو الغاية ، ولخدمته يسخر المجموع . والفرد لا يستكمل شخصيته إلا بالحرية ، بل إن مظهر هذه الشخصية هى الإرادة الحرة المستقلة . وكما أن رجال الفلسفة يجعلون التفكير آية الشخصية من الناحية الفلسفية ، فإن رجال القانون من أنصار هذا المبدأ يتخذون الإرادة آية الشخصية من الناحية القانونية . ولما كان الفرد يعيش فى المجتمع ، ولما كانت الغاية الأولى هى احترام حريته وإرادته ، كان من الواجب أن تكون روابطه بغيره من أفراد المجتمع أساسها الإرادة الحرة . فلا يخضع لواجبات إلا إذا كان قد ارتضاها مختاراً . وكل التزام أساسه الرضاء والاختيار يتمشى مع القانون الطبيعى ، لأن هذا القانون إنما يقوم على الحرية الشخصية ووجوب احترامها . فالإرادة الحرة هى إذن مبدأ القانون ، والغاية التى ينتهى إليها . وما المهمة التى يضطلع بها القانون إلا تحقيق حرية كل فرد بحيث لا تتعارض هذه الحرية مع حريات الآخرين . هذا التوازن ما بين الحريات جميعاً هو ما يجب على المشرع أن يعنى به . وليس عليه بعد ذلك أن يرى ما إذا كان النشاط الفردى الحر يتفق مع ما تقتضيه مبادىء الأخلاق ، ولا عليه أن يرى إلى أى حد يتفق صالح المجموع مع صالح الفرد ، فالفرد لا المجموع هو الذى يحميه القانون .

هذا المبدأ كان له حظ كبير من الأثر فى القانون الحديث بعد انتشار المذهب الفردى على أثر تطور النظم الاقتصادية . ولكن استمرار هذه النظم فى التطور ، وظهور الصناعات الكبيرة ، واختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ، مهد للمذاهب الاشتراكية سبيل الانتشار ، فقامت هذه المذاهب معارضة للمذاهب الفردية ، وكان من ذلك أن انتكص

مبدأ سلطان الإرادة ، وجعل خصومه يمعنون فى نقده ، حتى قام أخيراً فريق من المعتدلين يضعون الأمور فى حدودها المعقولة .

فنحن نتبع فى بحثنا هذه المراحل الأربع ، فنرى كيف نشأ هذا المذهب ، وما بلغ إليه من المدى عند بلوغه ذروته ، وكيف رجع القهقرى بعد ذلك ، ثم كيف وضع الأمر فى نصابه المعقول . ولا نزعم بذكر هذه المراحل أنها تحققت عملا فى التاريخ ، وإلا فإن سلطان الإرادة الكامل لم يتحقق فى أية مرحلة منها على النحو الذى يصفه أنصار المبدأ المتطرفون . وإنما نعنى أن هناك تطوراً فى منحى التفكير الاجتماعى نقسمه إلى مراحل توخياً للايضاح فى بسط هذه الآراء . ونحن فى ذلك لا نؤرخ وقائع اجتماعية ، بل نتتبع تطور نظريات ومذاهب .

٤٢ — *كيف نشأ مذهب سلطان الإرادة* : لم يعترف القانون الرومانى فى أى عصر من عصوره بمذهب سلطان الإرادة كاملا . بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة . أما مجرد توافق إرادتين (nudum pactum) فلا يكون عقداً ولا يولد التزاماً . فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة ، ويكون التزامه صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقى الذى من أجله التزم لم يوجد أو لم يتحقق أو كان غير مشروع أو كان مخالفاً للآداب . فالعقد الشكلى كان عقداً مجرداً صحته تستمد من شكله لا من موضوعه . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت وتعقدت سبل الحياة . فكان من ذلك توزيع العمل ، والحاجة إلى كثرة التبادل ، ووجوب السرعة فى المعاملات . واقترن هذا كله بتقدم فى التفكير القانونى أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة فى العقد وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانونى . ودعا هذا إلى اعتبار الاتفاق موجوداً بمجرد توافق الإرادتين ، والشكل ليس إلا سبباً قانونياً (causa civilis) للالتزام قد توجد أسباب غيره . ومن ثم ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة . وانتصر مبدأ سلطان الإرادة فى دائرة العقود الرضائية . وانتصر بعد ذلك فى بعض عقود أخرى عرفت بالعقود البريطورية

(pactes prétoriens) والعقود الشرعية (pactes légitimes) . ولكن القانون الرومانى لم يقرر فى أية مرحلة من مراحله مبدأ سلطان الإرادة فى العقود بوجه عام . بل ظلت الأوضاع بعد أن تهذبت هى التى تخلق العقد بقدر اختلاف قوة وضعفاً بحسب تطور القانون واتساع نطاق التبادل والمعاملات . وبقى العقد اللفظى (contrat verbal) إلى آخر عهود القانون الرومانى هو القالب الذى يصبون فيه ما تبدو الحاجة إليه من الإتفاقات غير المعروفة حتى تصبح ملزمة .

أما فى العصور الوسطى فلم تنقطع الشكلية وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلا تدرجاً . وقد استمرت الشكلية فى أوضاعها السابقة الذكر إلى نهاية القرن الثانى عشر . ثم أخذت تتحور ، وكانت متجهة إلى التناقص . وأخذت الإرادة يقوى أثرها فى تكوين العقد شيئاً فشيئاً . وساعد على هذا التطور عوامل أربعة :

١ — **تأثير المبادىء الدينية وقانون الكنيسة** : فكان المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده ، ولو لم يفرغه فى شكل مخصوص ، عد الحنث باليمين خطيئة يعاقب عليها . بل كان مجرد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية . وسهل الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الإلزام المدنى حتى أصبح مجرد الاتفاق يجوز تنفيذه بدعوى (actio ex nudo pacto) أمام المحاكم الكنسية .

٢ — **إحياء القانون الرومانى والتأثر به** : ونحن نعلم أن القانون الرومانى كان قد وصل فى تطوره من حيث استقلال الإرادة إلى حد كبير بمختلف عقوده الملزمة . وتوسعوا فى تفسير تلك الروح ، وفهموا خطأ أن القانون الرومانى يقرر مبدأ سلطان الإرادة . فساعد ذلك على قبول هذا المبدأ . وأصبحت القاعدة فى القانون الفرنسى القديم هى ما كان استثناء فى القانون الرومانى .

٣ — **العوامل الاقتصادية** : بعد أن زاد النشاط التجارى وقويت حركة التعامل اقتضى الأمر إزالة ما يعوق المبادلات التجارية من الأوضاع والأشكال . فكانت المحاكم

التجارية الإيطالية فى القرن الرابع عشر تقضى طبقاً لقواعد العدالة . والعدالة لا تميز بين العقد الشكلى ومجرد الاتفاق من حيث الإلزام .

٤ — **العوامل السياسية** : وكان ذلك بطريق التدرج فى بسط نفوذ الدولة ، وتدخلها شيئاً فشيئاً فى الروابط القانونية بين الأفراد ، والأخذ فى حماية العقود التى تتم بمجرد الاتفاق . وكان من شأن ذلك أن هجرت الأوضاع القديمة ، وحل محلها أشكال أخرى أقل إغراقاً فى الفطرية والسذاجة .

وما جاء القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقرراً . وما كاد أثر الدين يضعف حتى حل محله ما انتشر من نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية ، وكلها مشبعة بروح الفردية ، وقد بلغت أوجها فى القرن الثامن عشر ، وهى تشيد بوجود قانون طبيعى مبنى على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما فى الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية . وقد قام الفزيوقراطيون (physiocrates) ينادون بالحرية الاقتصادية قانوناً طبيعياً ، ويذهبون إلى أنه لو تركت الناس أحراراً فى نشاطهم الاقتصادى وفتحت أبواب المنافسة بينهم ، فلا تلبث الأمور أن تستقر ، وتتحدد الأسعار من طريق المنافسة والعرض والطلب ، لا من طريق تحكمى يمليه المشرع . ومعنى هذا أن الإرادة وحدها هى التى يجب أن تسيطر فى الميدان الاقتصادى ، وأن العقود لا تخضع فى تكوينها وفى الآثار التى تترتب عليها إلا لإرادة المتعاقدين . وصحب هذه النظريات الاقتصادية نظريات فلسفية وسياسية حمل لواءها روسو (Rousseau) فى كتابه المعروف بالعقد الإجتماعى (cantrat social) ، فكانت حرية الفرد واستقلال إرادته هى المحور الذى يدور عليه تفكير ذلك العصر . وقد تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها ، وسلمتها إلى المشرعين فى أوائل القرن التاسع عشر ، فوضع تقنين نابليون على أساس تقديس حرية الفرد والإمعان فى احترام إرادته .

٤٣ — **مدى ما وصل اليه مبدأ سلطان الإرادة** : استقر هذا المبدأ وصار دعامة تبنى عليها النظريات القانونية . وهو بعد أن تمشى فيه المنطق القانونى أصبح يشتمل على

أصلين : (أولا) كل الالتزامات ، بل كل النظم القانونية ، ترجع فى مصدرها إلى الإرادة الحرة . (ثانياً) لا تقتصر الإرادة على أن تكون مصدر الالتزامات ، بل هى أيضاً المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار .

فالإرادة الحرة هى التى تهيمن على جميع مصادر الالتزام . وهذه الإرادة تتجلى قوية فى العقد . فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتيهما . ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفاً فيه ، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه . أما نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فتبدو ضيقة محدودة فى تقنين نابليون ، ولم يحصل التوسع فيها إلا فى العهد الأخير . فالعقد إذن يرتكز على الإرادة ، بل هو يتمحض إرادة خالصة إذا قلنا إن إرادة المدين وحدها هى التى تلزمه . وسنرى ذلك عند الكلام فى الإرادة المنفردة . وشبه العقد مبنى على إرادة مفروضة . والجريمة وشبه الجريمة مردهما إلى الإرادة الحرة . والقانون نفسه إذا رتب التزامات فإنما هو يفترض فى ترتيبها أن الملتزم ارتضاها فى ذمته التزاماً .

وليس سلطان الإرادة مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها ، بل أيضاً يولد كل الحقوق الأخرى . فالملكية مبنية على حرية الإرادة ، بل هى الحرية فى مظهرها الملموس المادى . وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أى على الإرادة . والميراث مبنى على وصية مفروضة . وطرق التنفيذ الإجبارى ذاتها ترتكز على الإرادة الحرة ، فهى طرق وإن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة . بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا فى الإرادة ، فالمجرم الذى خرج على المجتمع قد ارتضى مقدماً أن يناله الجزاء . ذلك لأن القانون ما هو إلا وليد الإرادة ارتضاه الناس بأنفسهم أو بممثليهم واختاروا الخضوع لسلطانه ، والمجتمع البشرى ذاته ، أليست دعامته هذا العقد الاجتماعى الذى نادى به روسو ومن قبله من الفلاسفة والمفكرين !

وكما أن منشأ الالتزامات يرجع للارادة الحرة ، كذلك الأثر الذى يترتب على الالتزام ، فهو خاضع للارادة أيضاً . ولهذا الأصل ناحيتان :

الناحية الأولى أن كل ما ارتضاه الملتزم ديناً فى ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره لأن

التزامه إنما بنى على إرادته . فلا يصح أن نقيد من أثر العقد بدعوى أن هناك غبناً لحق أحد المتعاقدين ما دام قد ارتضى هذا الغبن . والعامل الذى يتعاقد مع رب العمل حراً مختاراً يجب عليه أن ينفذ ما التزم به ، ولا يحتج بأن الشروط التى ارتضاها جائرة . وليس المهم فى العقد أن يكون هناك تعادل بين الشيئين المتبادلين ، بل يكفى أن يكون التعادل ، بين الشخصين المتعاقدين وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة . والأصل فى الإنسان الحرية واستقلال الإرادة ، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا فى حدود رسمها القانون كأن يكون المتعاقد قاصراً فى السن أو فى العقل ، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غش . أما فى غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل فى إرادته ، فإذا التزم بشىء كان العدل أن يقوم بما التزم به . أما ما يقال عن التضامن الاجتماعى والتعسف فى استعمال الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام ، فهذه الأشياء لا ينبغى أن تغرق فى التحديد من سلطان الإرادة . وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تعنى بشىء ، فلا أحق بعنايتها من سلطان الإرادة والتسليم بأثره كاملا فى تفسير العقد وترتيب نتائجه القانونية .

والناحية الثانية من هذا الأصل أن العقد ، وقد تم بتوافق إرادتين مستقلتين ، لا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين . فلا يستقل أحد من المتعاقدين بتعديله ، ولا يجوز للقاضى نفسه بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه أو أن يضيف إليه ما ليس منه .

٤٤ — **انتقاص مبدأ سلطان الإرادة (نقد المبدأ)** : إذا أرجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية ، وهى العوامل التى أدت إلى انتشار روح الفردية فى القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت ، وقامت الصناعات الكبيرة ، وتأسست الشركات الضخمة ، ونظمت طوائف العمال على أثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية ، مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها فى وجه المذاهب الفردية ، هذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنتقص من سلطان الإرادة . فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادى ، وانتكص متأثراً بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تفنيد النتائج التى وصل إليها أنصاره . فيقولون إن جعل الإرادة

مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق فى نواح ووهم فى نواح أخرى . فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهى مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية ، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقده لأنه أراد ذلك فحسب ، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرهما فى المعاملات والثقة التى يولدها التعاقد فى نفوس المتعاقدين ، وهى التى تستند إليها قوة الإلزام فى العقود . وقد لا يتم اتحاد حقيقى بين الإرادتين عند التعاقد ، ومع ذلك فاتحادهما حكما يكفى ما دام التعاقد قد ولد ثقة مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر. وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعى وتوجيه الإرادة فى هذا السبيل ، وليس الغرض منه تحقيق ما للارادة من سلطان . وهناك نظرية ألمانية لا تحفل بالإرادة الباطنة ولا تجعل لها سلطاناً ، بل تنظر إلى الإرادة الظاهرة لأنها وحدها الشىء المحسوس كحقيقة اجتماعية ، وهى التى يؤبه لها لأنها تولد الثقة المشروعة .

أما إسناد مصادر الالتزام الأخرى إلى الإرادة فالحجة فيه أوهى . وقد تبين أن ما يسمى بشبه العقد لا يشبه العقد فى شىء من حيث استناده إلى الإرادة . كما أن الجريمة وشبه الجريمة إنما يتولد الالتزام فيهما من القانون . وهو التزام يترتب على عكس مقتضى إرادة من صدر منه العمل غير المشروع ، فإن هذا لم يرد أن يلتزم بعمله ، بل أراد النقيض من ذلك ، فيلزمه القانون رغماً عن إرادته . فأين نحن هنا من سلطان الإرادة ! ولقد كانت نظرية سلطان الإرادة عائقاً يحول دون الأخذ بمسئولية المجنون والطفل والأخذ بالمسئولية المادية ، وهذه مذاهب تطورت إليها الشرائع الحديثة ، وفى الأخذ بها إلى مدى معين إرضاء للعدالة ، ومطاوعة لأسباب الاستقرار ، وسير فى طريق التقدم .

وإذا تركنا الالتزامات جانباً ونظرنا إلى الحقوق الأخرى التى يزعمون أن مصدرها الإرادة ، رأينا أن وهم القائلين بهذا الرأى هنا أيضاً يتجسم . فالملكية ليست إرادة المالك ، بل إن هذه الإرادة يرد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعى ، وبخاصة ما يتصل منه بمراعاة حسن الجوار . وليس الميراث مبنياً على وصية مفترضة ، بل الواقع من الأمر أن الميراث سبق الوصية فى التطور التاريخى ، وأساسه اشتراك الأسرة فى ملكية

الأموال . أرأيت لو كان المورث طفلا أو مجنوناً أكان يصح الزعم بأن ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة ! كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج ، فإن هذا العقد إنما وضع الزوجين فى مركز قانونى نظمه المشرع نفسه طبقاً لصالح المجتمع وصالح الأسرة ، ولا دخل لإرادة الزوجين فى ذلك . أما القول بأن المجرم قد ارتضى توقيع العقوبة عليه فهو قول أقرب إلى التهكم منه إلى الحقيقة ، وإلا فأى مجرم رأى فى العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه ! إنما العقوبة ترجع فى مشروعيتها إلى اعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المجرم فيها .

٤٥ — وضع الأمور فى نصابها — إلى أى حد تسيطر الإرادة على العقود :
تبين من نقد مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذى وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقاً فى كل نواحى القانون . وهذه المبالغة كانت سبباً فى مبالغة تعارضها ، وقام خصوم المبدأ هم أيضاً يقولون بنبذه مرة واحدة . وبين الإمعان فى إطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة فى رده إلى أضيق الحدود ، وجد المعتدلون مجالا لوضع الأمور فى نصابها الصحيح .

ونحن إذا توخينا الاعتدال وجانبنا التطرف ، تبينا أن الإرادة لا سلطان لها فى دائرة القانون العام . فالروابط الاجتماعية التى تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لإرادة الفرد . أما العقد الاجتماعى المزعوم فقد أصبح نظرية عتيقة مهجورة .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للارادة فيه إلا بقدر محدود . فعقد الزواج ، وهو الأساس الذى ترتكز عليه الأسرة ، مصدره إرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التى تترتب على العقد ليست خاضعة للارادة ، بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع . وكذلك بقية روابط الأسرة لا شأن للارادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدرجاً . وهى فى الحقوق العينية أضعف نشاطاً منها فى الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها ، حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً

جديداً فيها . ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً ، بل إن القانون هو الذى يتولى فى الغالب تحديد مداها .

ولكن الإرادة فى الحقوق الشخصية لها مجال واسع ، فهى مصدر لكثير من هذه الحقوق ، وهى التى ترتب آثارها . ومع ذلك لا نريد أن نبالغ فى أهمية الإرادة حتى فى الحقوق الشخصية . فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق ، فذلك لا يمنع من أن يوجد بجانبها مصادر أخرى قد تعدلها فى الأهمية كالعمل غير المشروع ، أو تقرب منها كالإثراء بلا سبب .

وإذا خلصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول فى هذا الميدان أوسع ما تكون خطى وأبعد ما تكون مدى . ولكن حتى فى هذا الميدان ، إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث إنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية ، وجدنا أنها محدودة فى ذلك بقيود النظام العام والآداب . بل إن إرادة الفرد — حتى فى داخل هذه القيود — يضعف أثرها فى بعض العقود التى تضع نظماً ثابتة للطوائف والجماعات ، كما فى الجمعيات والشركات والنقابات ، فهذه تنظمها الجماعة التى تنتمى إليها ولا تعتد فى تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها . وهناك عقود الجماعة (contrats collectifs) ، كعقد العمل الجامع (contrat collectif du travail) ، وصلح أغلبية الدائنين مع المفلس ، نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية كذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجع لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وانتصار القانون للجانب الضعيف ، كما نرى فى تشريع العمال وفى عقود الإذعان وفى نظرية الاستغلال وهى نظرية تتوسع تدرجاً فى القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود . ثم إن الإرادة وهى فى دائرة كل هذه القيود لا تزال خاضعة أيضاً لشكلية تتطلبها بعض العقود حماية للمتعاقد الذى يقدم على أمر خطير كما فى الهبة والرهن الرسمى . وهى تخضع كذلك لقواعد الشهر حماية للغير حسن النية ، وتخضع أخيراً لقواعد الإثبات وهى قواعد من شأنها أن تقيد سلطان الإرادة من الناحية العملية .

هذه هى الحدود التى يرسمها القانون فى الوقت الحاضر ميداناً لسلطان الإرادة . فهو

يعترف بهذا السلطان ، ولكن يحصره فى دائرة معقولة ، تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام .

§ ٣ — تقسيم العقود

٤٦ — **تقسيمات العقود** : ذكر التقنين المدنى الفرنسى بعض تقسيمات للعقود فى غير استقصاء والتقسيم أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع . لذلك لم يعرض له التقنين المدنى المصرى ، لا القديم ولا الجديد[1] . كذلك لم تعرض له التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى والتقنين السويسرى .

ويمكن تقسيم العقد عدة تقسيمات إذا نظر إليه من وجهات مختلفة .

فالعقد من حيث التكوين إما أن يكون عقداً رضائياً (contrat consensuel) أو عقداً شكلياً (contrat solennel) أو عقداً عينياً (contrat réel) .

وهو من حيث الموضوع إما أن يكون عقداً مسمى (contrat nommé) أو عقداً غير مسمى (contrat innommé) . وإما أن يكون عقداً بسيطاً (contrat simple) أو عقداً مختلطاً (contrat mixte) .

وهو من حيث الأثر إما أن يكون عقداً ملزماً للجانبين (contrat synal-lagmatique, bilatéral) أو عقداً ملزماً لجانب واحد (contra unilatéral) وإما أن يكون عقد معاوضة (contrat à titre onéreux) أو عقد تبرع (contrat à titre gratuit)

وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً محدداً (contrat commutatif) أو عقداً احتمالياً (contrat aléatoire) . وإما أن يكون عقداً فورياً (contrat instantané) أو عقداً زمنياً (contrat successif) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد تعمد المشروع إغفال تقسيمات العقود التى توجد فى أكثر التقنينات اللاتينية النزعة ، لأن العناية بها من شأن الفقه . ولذلك رؤى من الأحوط أن تهمل فى النصوص التشريعية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ فى الهامش) .

١ — العقد الرضائى والعقد الشكلى والعقد العينى

٤٧ — **العقد الرضائى** : هو ما يكفى فى انعقاده تراضى المتعاقدين ، أى اقتران الإيجاب بالقبول . فالتراضى وحده هو الذى يكون العقد . وأكثر العقود فى القانون الحديث رضائية . كالبيع والإيجار . وقد تقدم أن القانون لم يبلغ هذه القاعدة طفرة ، بل تطور إليها تدرجاً .

ولا يمنع العقد من أن يكون رضائياً أن يشترط فى إثباته شكل مخصوص . إذ يجب التمييز بين وجود العقد وطريقة إثباته . فما دام يكفى فى وجود العقد رضاء المتعاقدين فالعقد رضائى ، حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها . والفائدة العملية من هذا التمييز أن الكتابة إذا كانت لازمة للاثبات (ad probatinum) فإن العقد غير المكتوب يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين . أما إذا كانت الكتابة ركناً شكلياً فى العقد (ad solennitatem) فإن العقد غير المكتوب يكون غير موجود حتى مع الإقرار أو اليمين .

٤٨ — **العقد الشكلى** : هو مالا يتم بمجرد تراضى المتعاقدين ، بل يجب لتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون . وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد . ولم يبق فى القانون الحديث إلا عدد قليل من العقود الشكلية ، الغرض من استبقاء شكليتها هو فى الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد ، كما فى الهبة والرهن[١] .

---

(١) وقد يكون العقد رضائياً فى أصله فيتفق المتعاقدان على أن يكون شكلياً ، أى أن الشكلية تكون واجبة باتفاق المتعاقدين لا بحكم القانون . مثل ذلك أن يتفق المتعاقدان ، بمقتضى عقد ابتدائى ، أن يكون التعاقد النهائى بالكتابة ، أو بمقتضى شرط فى عقد الإيجار أن التنبيه بالإخلاء يكون بالكتابة . فتكون الكتابة فى مثل هذه الحالات ركناً شكلياً لا يتم العمل القانونى إلا باستيفائه . وقد يقصد المتعاقدان من اشتراط الكتابة أن تكون للاثبات لا لتكون العمل القانونى . وإذا قام شك فى تفسير قصد المتعاقدين هل الكتابة ركن شكلى أو هى الطريق للاثبات ، فالقضاء فى مصر وفرنسا يتلمس من ظروف الواقع قرينة على ترجيح أحد الفرضين ، فإذا لم توجد قرينة مرجحة كان المفروض أن المتعاقدين اشترطا الكتابة للاثبات لا للانعقاد لأن الأصل فى العقود أن تكون رضائية . أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية =

= فى ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ — ولكن القضاء المصرى لم يستقر على هذا المبدأ وسيتبين ذلك فيما يلى — أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٢٨٣ — وحكم آخر فى ١٤ مايو سنة ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ — ١ — ٢٨١ مع تعليق فالبرى **Valéry** .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذه المسألة يرجح أن تكون الكتابة للانعقاد لا للاثبات ، فكانت المادة ١٤٩ من هذا المشروع تنص على أنه « إذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفى العقد شرطاً خاصاً لم يشترطه القانون ، فالمفروض عند الشك أنهما لم يقصدا أن يلتزما إلا من الوقت الذى يستوفى فيه العقد الشكل المتفق عليه » . وقد جرى المشروع فى ذلك على نهج كثير من التقنينات الحديثة (التقنين المدنى الألمانى م ١٢٥ و م ١٥٤ فقرة ٢ — تقنين الالتزامات السويسرى م ١٦ — تقنين الالتزامات البولونى م ١٠٩) . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا اتفق المتعاقدان على وجوب استيفاء شكل معين ، سواء أكان ذلك بمقتضى عقد تمهيدى أم كان بمقتضى شرط معين فى عقد أصلى — كما هو الشأن فى اشتراط الكتابة فى التنبيه بالإخلاء فى عقود الإيجار — فيفرض أن نيتهما قد انصرفت إلى ترتيب البطلان على عدم مراعاة هذا الشكل . وهذه هى دلالة القرينة التى تقيمها المادة ١٤٩ من المشروع . على أن الأمر لا يعدو مجرد قرينة بسيطة ، يجوز إسقاط حكمها بإثبات العكس (التقنين الألمانى تعليقات ج ١ ص ١٣٦) . وقد ذهب القضاء المصرى إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلا ينطوى على تكليف جديد ، فيشترط أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينة منهم (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) . أما فيما يتعلق بالشكل الذى يتفق عليه المتعاقدان فلم يستقر القضاء على رأى بشأن دلالة الاتفاق عند الشك ، فهل يستتبع إغفال الشكل فى هذه الحالة بطلان العقد ، أم يعتبر الشكل مشروطاً لتهيئة طريق للاثبات فحسب ؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة أنه لا يجوز لسمسار أن يتمسك بحصول الاتفاق بين المتعاقدين ليتأدى من ذلك إلى المطالبة بالسمسرة المتفق عليها إذا كان البيع قد علق على شروط عدة وأرجأ المتعاقدان ارتباطهما النهائى إلى وقت التوقيع على عقد يحرره محاموهما ما دام أن التوقيع لم يحصل (١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨١) . وعلى هذا النحو اعتبرت المحكمة أن إغفال الشكل الذى اتفق عليه يستتبع البطلان دون أن ينص صراحة على ذلك . على أن هذه المحكمة نفسها قد حكمت فى قضية أخرى بان العقود الرضائية تتم بمجرد التراضى ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على التعاقد بعقد رسمى مع النص صراحة على انصراف نيتهما إلى تعليق الارتباط على إتمام العقد من طريق التوقيع عليه أمام موثق العقود (١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١) . ويلوح أن المحكمة قد جنحت فى هذا الحكم الأخير لاشتراط الاتفاق صراحة على أن إغفال الشكل المتفق عليه يستتبع البطلان . ومن المحقق أن النص الذى اختاره المشروع فى المادة ١٤٩ من شأنه أن يضع حداً لتردد القضاء فى هذا الصدد » . ولكن المادة ١٤٩ من المشروع التمهيدى عندما تليت فى لجنة المراجعة اقترح حذفها لإمكان الاستغناء عنها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم حذف هذا النص فى المشروع النهائى (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٣ — ص ٧٤ فى الهامش) . وقد كان من الخير إبقاء النص حتى يضع حداً لتردد القضاء على ما تقول المذكرة الإيضاحية . أما وقد حذف ، فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة . ولما كان الأصل فى العقد أن يكون رضائياً ، فالأولى عند الشك أن تكون الكتابة للاثبات لا للانعقاد . والراجح فى القضاء المصرى =

وقد تقدمت الإشارة إلى أن العقود بدأت تكون شكلية فى القديم ، وتطورت بعد ذلك إلى أن صار أكثرها رضائياً والقليل هو الشكلى . وتختلف الشكلية الحديثة عن الشكلية القديمة فى أنها أكثر مرونة . وتختلف عنها أيضاً ، وبوجه خاص ، فى أنها لا تكفى وحدها فى تكوين العقد . فالشكلية الحديثة ، إذا كانت لازمة ، فهى فليست بكافية ، بل لا بد أن تقترن بإرادة المتعاقدين . فالإرادة هى التى يقع عليها الشكل . أما الشكلية القديمة فكانت وحدها هى التى تكوّن العقد ، لذلك كان لا يجوز الطعن فيها بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية . فالشكلى إذن كان هو العقد لا الإرادة[1] .

= والفرنسى يؤيد هذا الرأى كما قدمنا [انظر نقض مدنى ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٨ ص ٤٩١] .

(١) ويلاحظ أن كل عقد شكلى يكون التوكيل فى عمله شكلياً أيضاً (م ٧٠٠ من التقنين المدنى الجديد) ، وكذلك الوعد بإبرام عقد شكلى يكون شكلياً (م ١٠١ فقرة ٢) ، وإجازة العقود الشكلية تكون شكلية مثلها . ويستوفى الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد الشكلى من تعديل لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يورد بعض هذه الأحكام ، فكانت المادة ١٤٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتى :

« ١ — إذا فرض القانون شكلا معيناً لعقد من العقود ، فلا يكون العقد صحيحاً إلا باستيفاء هذا الشكل ، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » .

« ٢ — إذا قرر القانون للعقد شكلا معيناً ، فيجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل ، لا فيما يضاف إليه من شروط تكميلية أو تفصيلية لا تتعارض مع ما جاء فيه » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يقضى التقنين الألمانى (المادة ١٢٥) والتقنين السويسرى (المادتان ١١ ، ١٢ من تقنين الالتزامات) والتقنين البرازيلى (المادة ١٣٠) بأن عدم استيفاء عقد من العقود للشكل الذى يفرضه القانون له يستتبع البطلان أصلا ، ما لم ينص على خلاف ذلك . وقد آثر المشروع اتباع هذا المذهب مخالفاً مذهب التقنين البولونى (المادة ١١٠) فى هذا الشأن . فإذا تطلب القانون شكلا خاصاً ، وأطلق الحكم بغير تعقيب ، فمن الطبيعى أن يكون استيفاء هذا الشكل شرطاً لوجود العقد . أما إذا كان الشكل قد فرض لتهيئة طريق الإثبات فحسب ، فمن واجب القانون أن ينص صراحة على ذلك . وكل تعديل يدخل على عقد لا يتم إلا بالكتابة يعتبر باطلا إذا لم يستوف فيه هذا الشرط ، إلا أن يكون القانون قد قضى بغير ذلك . ويلاحظ أن معنى التعديل يتحقق فى الشروط التى تتعارض مع مضمون العقد الأول ، لا فى الشروط التفصيلية أو التكميلية التى لا تنطوى على مثل هذا التعارض . فالاتفاق على ترميم منزل بيع بمقتضى عقد تم بالكتابة ليس إلا شرطاً تفصيلياً لا ضرورة للكتابة فيه . ويختلف عن =

٤٩ — ***العقد العينى*** : هو عقد لا يتم بمجرد التراضى ، بل يجب لتمام العقد فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد . ولا يكاد يوجد فى التقنين المدنى الجديد مثل للعقد العينى إلا هبة المنقول ، فهذه قد تكون عقداً شكلياً إذا تمت بورقة رسمية ، وقد تكون عقداً عينياً إذا تمت بالقبض (م ٤٨٨ من التقنين المدنى الجديد) . ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يتم إلا إذا قام أحدهما بتنفيذ شطر من التزامه . ففى عقود التأمين يشترط أحياناً ألا يتم العقد إلا بعد أن يدفع المؤمن له القسط الأول ، والشرط صحيح فى هذه الحالة ، ويكون العقد عينياً ولكن العينية هنا مصدرها الإتفاق لا القانون .

أما التقنين المدنى القديم فكان يسير على نهج التقنين المدنى الفرنسى ، ويجعل إلى

= ذلك حكم ما يضاف إلى التعاقد الأول من شروط أو نصوص جديدة (فيك ومورلا : تعليقات على تقنين الالتزامات السويسرى ج١ المادة ١٢ نبذة ٤ و٥) ... وقد ذهب القضاء المصرى إلى أنه إذا أريد تعديل عقد تم بالكتابة تعديلا ينطوى على تكليف جديد ، فيشترط أن يتفق ذوو الشأن على ذلك كتابة عن بينة منهم (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٦٣) » . وعندما تليت المادة ١٤٨ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، رأت اللجنة بعد المناقشة حذفها ، استناداً إلى أنه فى الحالة التى يصرح فيها المشرع بالمهمة التى يريدها للشكل الذى قرره للعقد لا تقوم أية صعوبة ، وفى الحالة التى لا يصرح فيها بذلك يترك الأمر لتقدير القاضى دون الأخذ بقرينة أخرى . (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٢ — ص ٧٤ فى الهامش) .

وهنا أيضاً كان من الخير إبقاء النص حتى لا يضطرب القضاء فى تفسير نية المشرع فى مسألة جوهرية كهذه المسألة . وقد كان النص المحذوف يتضمن قرينة قانونية على أن الشكل الذى يفرضه القانون يكون عند الشك للانعقاد لا للاثبات . وما دام النص قد حذف ، وزالت بحذفه هذه القرينة القانونية ، لم يبق إلا الرجوع إلى القواعد العامة فى التفسير . وعندنا أنه إذا غم الأمر ولم يتبين القاضى — بعد أن يستنفد وسائل التفسير — ما إذا كان المشرع أراد الشكل للانعقاد أو للاثبات ، فالأولى أن يكون الشكل للانعقاد لا للاثبات . ولا يجوز هنا أن يقال — كما قيل فى الشكل الذى يتفق عليه المتعاقدان — إن الأصل فى العقد أن يكون رضائياً . فان هذا الأصل إنما يصدق بالنسبة إلى المتعاقدين لا بالنسبة إلى المشرع . ولا يصح أن نسلم فى يسر بأن المتعاقدين أرادوا خلق شكل لا يوجد العقد بدونه إلا إذا نصوا صراحة على ذلك . أما المشرع فسلطانه كامل فى أن يخلق الشكل الذى يريد ، ومتى فرض شكلا ، ولم يقم دليل على أنه مقرر للاثبات ، فالمفروض أنه مقرر لانعقاد العقد .

هذا وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية مثل على الشروط التفصيلية والتكميلية التى لا تتعارض مع مضمون العقد المكتوب فلا تشترط فيها الكتابة . أما الشروط التى تدخل على العقد المكتوب تعديلا فتشترط الكتابة فيها ، فمثلها أن يتفق البائع والمشترى بعد كتابة عقد البيع على إنقاص الثمن أو على زيادته .

جانب هبة المنقول عقوداً عينية أخرى أربعة : القرض والعارية والوديعة ورهن الحيازة . وكلا التقنينين ورث عينية هذه العقود الأربعة عن القانون الرومانى دون مبرر . فقد كانت هذه العينية مفهومة فى القانون الرومانى حيث كانت العقود فى الأصل شكلية . ثم استغنى عن الشكل بالتسليم فى بعض العقود ، وهذه هى العقود العينية . ولم يسلم بأن التراضى وحده كاف لانعقاد العقد إلا فى عدد محصور من العقود سمى بالعقود الرضائية . أما اليوم فقد أصبح التراضى ، كقاعدة عامة ، كافياً لانعقاد العقد ، فلم يعد هناك مقتض لإحلال التسليم محل الشكل . وقد قللت بعض التقنينات الحديثة عدد هذه العقود العينية ، فاستبقى التقنين المدنى الألمانى منها القرض ورهن الحيازة ، ولم يستبق تقنين الالتزامات السويسرى إلا رهن الحيازة وحده .

٢ — العقد المسمى والعقد غير المسمى

٥٠ — **العقد المسمى** : هو ماخصصه القانون باسم معين وتولى تنظيمه لشيوعه بين الناس فى تعاملهم . والعقود المسماة فى التقنين المدنى الجديد إما أن تقع على الملكية ، وهى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، وإما أن تقع على المنفعة وهى الإيجار وعارية الاستعمال . وإما أن تقع على العمل وهى المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . ويضاف إلى ذلك عقود الغرر وهى المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين ، ثم عقود التأمينات الشخصية والعينية وهى الكفالة والرهن الرسمى ورهن الحيازة .

ويلاحظ أن العقد المسمى ، فى غير النصوص التفصيلية التى تولت تنظيمه ، يخضع للقواعد العامة التى يخضع لها سائر العقود .

٥١ — **العقد غير المسمى** : هو ما لم يخصه القانون باسم معين ولو لم يتول تنظيمه ، فيخضع فى تكوينه وفى الآثار التى تترتب عليه القواعد العامة التى تقررت لجميع العقود ، شأنه فى ذلك شأن العقد المسمى . ولكنه لما كان أقل شيوعاً لم يفصل المشرع أحكامه

اكتفاء بتطبيق القواعد العامة[1] .

وتتفاوت التقنينات فيما تسميه من العقود وتفصل أحكامه . وقد كان التقنين المدنى القديم لا ينظم عقد التزام المرافق العامة ولا المقامرة والرهان ولا عقد التأمين ، ويقتضب اقتضاباً مخلا تنظيم عقود المقاولة والعمل والحراسة . فعالج التقنين المدنى الجديد هذه الأمور ولا زالت هناك عقود غير مسماة صالحة لأن تنظم فتصبح عقوداً مسماة كعقد النشر وعقد التوريد وعقد الأشغال العامة وعقد النزول فى الفندق .

ومن الأمثلة على العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشير إلى ذلك ، فينص فى المادة ١٢٣ على ما يأتى : « ١ — تسرى على العقود ، المسماة منها وغير المسماة ، القواعد العامة التى يشتمل عليها هذا الفصل . ٢ — أما القواعد التى ينفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة فى الفصول المعقودة لها ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أخذ هذا النص عن المادة ٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس يقصد به إلى ترك يد الفقه والقضاء طليقة فى تمييز أنواع أو أنماط مختلفة من العقود فحسب ، بل أريد به ، بوجه خاص ، تقرير المبدأ الأساسى الذى يقضى بأن القواعد المتعلقة بالعقود بوجه عام تسرى على العقود المسماة كالبيع والإجارة والشركة . وغنى عن البيان أن بعض الأحكام الخاصة بهذه العقود قد ينطوى على استثناء من القواعد العامة . ولكن الأصل هو تطبيق القواعد العامة على العقود جميعاً ، دون تفريق بين العقود المسماة وغير المسماة ، ما لم يرد نص خاص بشأن الاستثناء » . وعندما تليت المادة ١٢٣ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة اقترح حذفها لعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك . ومن ثم أغفل المشروع النهائى هذا النص لأنه يقرر حكماً ظاهراً لا حاجة فيه إلى نص . (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ فى الهامش) .

هذا وقد كان للعقود غير المسماة فى القانون الرومانى شأن آخر . فقد كان هذا القانون لا يعترف — فيما خلا العقود الشكلية — إلا بعقود محصورة العدد ، بعضها رضائى ، وبعضها عينى ، وأخرى اتفاقات يجعل لها قوة العقود . ومن هذه الاتفاقات عقود اعترف بها تدرجاً وبعد تطور طويل ، وهى العقود غير المسماة . وكانت عقوداً لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر . وتنقسم إلى أقسام أربعة : ١ — عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عينى فيتولد فى جانب الطرف الآخر التزام بنقل حق عينى كذلك (do ut des) ، مثل ذلك المقايضة . ٢ — عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عينى فيلتزم الطرف الآخر بعمل شىء (do ut facias) ، مثل ذلك الهبة بعوض . ٣ — عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شىء فيلتزم الطرف الآخر بعمل شىء كذلك (facio ut facias) ، مثل ذلك أن يسلم شخص حيازة شىء لآخر فيلتزم الآخر برد هذه الحيازة عند أول طلب (convention de précaire) . ٤ — عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل شىء فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عينى (facio ut des) ، مثل ذلك عقد المحاسبة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا باعها أن يدفع ثمنها المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها ، وهو عقد يدور بين البيع والعمل والوكالة .

يستحقه وأن ينفق على هذا العمل فى نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق فى إثبات الإرث (contrat de révélation de succession) ، وأن يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول شيئاً مملوكا للثانى وأن يعجل له مبلغاً معيناً وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه . والعقد بين مدير المسرح والممثلين ، وبينه وبين النظارة ، واتفاق إدارة إحدى المستشفيات مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة بعضاً من الأسرة تستخدم للتعليم الطبى ، و اتفاق التاجر مع صاحب مصرف على أن يقدم له معلومات عن الحالة المالية لتاجر آخر ، والعقد بين المصور أو الرسام مع الشخص الذى يصوره أو يرسمه ، كل هذه عقود غير مسماة(١) .

٣ — العقد البسيط والعقد المختلط

٥٢ — **العقد البسيط** : هو ما اقتصر على عقد واحد ولم يكن مزيجاً من عقود متعددة . وقد يكون العقد البسيط عقداً مسمى كالبيع والإيجار ، كما يكون عقداً غير مسمى كالعقد الذى توضع بمقتضاه أسرة تحت تصرف مدرسة طبية .

٥٣ — **العقد المختلط** : هو ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً . مثل ذلك العقد بين صاحب الفندق والنازل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة .

(١) أنظر والتون ١ ص ٩٨ — ص ١٠٠ . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العقد الذى يعطى به شخص لأحد مجالس المديريات قطعة أرض نظير تعهد مجلس المديرية بإقامة مدرسة عليها فى مدة معينة يعتبر عقداً غير مسمى (٣٠ مايو سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٥ ص ٢٣٢) . وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملا على التزامات متبادلة ، إذ التزم أحد الطرفين أن يملك الآخر (مجلس مديرية المنيا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس ببيع ولا مقايضة ، وإنما هو عقد غير مسمى ، فلا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه ، وذلك على الرغم مما هو وارد فى عقد الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبة والتبرع ، فان كل هذه الألفاظ إنما سيقت لبيان الباعث الذى حدا بصاحب الأرض إلى تمليك المجلس إياها ، فهى لا تؤثر بحال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدنى ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

وليس هناك من أهمية كبيرة فى امتزاج عدة عقود فى عقد مختلط . فإن هذا العقد إنما تطبق عليه أحكام العقود المختلفة التى يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد فى بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا تنافرت الأحكام التى تطبق على كل عقد من العقود التى يتكون منها . فى هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسى ، كما فى عقد التليفون ، وهو يدور بين عقد العمل والإيجار ، فغلب القضاء المصرى فيه عنصر عقد العمل ورفض دعوى استرداد الحيازة التى رفعها مشترك قطعت عنه المواصلة التليفونية[1] ، وكما فى العقد الموصوف بأنه إيجار ابتداء وبيع انتهاء (location-vente) ، وهو يدور بين البيع والإيجار ، فحسم القانون الجديد (م ٤٣٠) النزاع فى شأنه وجعله بيعاً .

٤ — العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

٥٤ — **العقد الملزم للجانبين** : هو العقد الذى ينشىء التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين ، كالبيع يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع فى مقابل أن يلتزم المشترى بدفع الثمن . والظاهرة الجوهرية فى العقد الملزم للجانبين هو هذا التقابل القائم ما بين التزامات أحد الطرفين والتزامات الطرف الآخر .

٥٥ — **العقد الملزم لجانب واحد** : هو العقد الذى لا ينشىء التزامات إلا فى جانب أحد المتعاقدين فيكون مديناً غير دائن ، ويكون المتعاقد الآخر دائناً غير مدين . مثل ذلك الوديعة غير المأجورة يلتزم بمقتضاها المودع عنده نحو المودع أن يتسلم الشىء المودع وأن يتولى حفظه وأن يرده عيناً ، دون أن يلتزم المودع بشىء نحو المودع عنده .

والعقد الملزم لجانب واحد (contrat unilatéral) هو كسائر العقود لا يتم إلا بتوافق إرادتين . وهذا بخلاف العمل القانونى الصادر من جانب واحد (acte juridiquc unilatéral) فإنه يتم بإرادة واحدة ويكون التعبير بلفظ «جانب واحد» (unilatéral)

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١ .

إذا اقترن بالعقد يعترف فيه أثر العقد لا تكوينه ، وإذا اقترن بالعمل القانونى يلحظ فيه تكوين العمل القانونى لا أثره .

٥٦ — **أهمية هذا التقسيم** : ولهذا التقسيم أهمية كبيرة ترجع إلى أن العقد الملزم للجانبين ينشىء التزامات متقابلة ، وهذا التقابل (interdépendance) يؤدى إلى نتائج هامة لا نراها فى العقد الملزم لجانب واحد حيث لا وجود للتقابل . ونذكر من هذه النتائج ما يأتى :

(١) فى العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد . وهذا ما يسمى عادة بالشرط الفاسخ الضمنى (condition résolutoire tacite, lex commissoria) ، إذ هو شرط مفهوم فى كل عقد ملزم للجانبين (أنظر المادة ١٥٧ من التقنين المدنى الجديد) أما فى العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة فلا محل لهذا الفسخ ، لأن المقصود منه هو أن يتحلل الطرف الآخر من التزامه ولا التزام عليه حتى يطلب التحلل منه ، فبقى أن يطلب تنفيذ الالتزام الثابت فى ذمة الطرف الأول[١] .

---

(١) أصبح عقد القرض وعقد العارية وعقد رهن الحيازة ، فى التقنين المدنى الجديد ، عقوداً ملزمة للجانبين بعد أن صارت عقوداً رضائية ، وكانت عينية فى التقنين المدنى القديم كما أسلفنا الذكر . فالتسليم لم يعد ركناً فى هذه العقود ، بل هو التزام فى ذمة المعير والمقرض والراهن . على أن هذه العقود ، حتى عندما كانت عينية فى التقنين المدنى القديم ، كانت فى رأينا ملزمة للجانبين (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ١٣١ هامش رقم ١) ، إذ أن كلا من المعير والراهن كان — ولا يزال — ملتزماً بترك العين فى يد المتعاقد الآخر إلى الوقت الذى ينتهى فيه العقد . وهذا الالتزام يقابله التزام المتعاقد الآخر بالمحافظة على العين . فإذا أخل هذا بالتزامه ، جاز للمتعاقد الأول فسخ العقد واسترداد العين . وفى عقد القرض يلتزم المقرض بعدم استرداد مثل ما أقرضه إلا عند نهاية العقد ، وهذا الالتزام يقابله التزام المقترض بدفع الفوائد المشترطة . فإذا أخل هذا بالتزامه جاز للمقرض فسخ القرض واسترداد ما أقرض . وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تنطبق على هذه العقود . ثم لا نكون فى حاجة إلى القول مع بعض الفقهاء بأن قاعدة الفسخ تنطبق على العقود الملزمة لجانب واحد كما تنطبق على العقود الملزمة للجانبين ، ولا إلى مسايرة فقهاء آخرين فى تسمية الفسخ فى هذه العقود بالإسقاط (déchéance) ، بل نبقى الفسخ على طبيعته ، ونقصره على العقود الملزمة للجانبين ، ونجعله فى الوقت ذاته ينطبق على العقود التى نحن بصددها . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الفسخ .

=

(٢) فى العقد الملزم للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام كان للمتعاقد الآخر ، بدلا من أن يطلب فسخ العقد ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه . فإذا طولب بالتنفيذ دفع بوقفه حتى يقوم الطرف الأول بتنفيذ التزامه هو (أنظر المادة ١٦١ من التقنين المدنى الجديد) . وهذا ما يسمونه بالدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contractus) . أما فى العقد الملزم لجانب واحد فلا محل لهذا الدفع ، لأن المتعاقد الآخر لم يتعلق فى ذمته التزام حتى يطلب وقف تنفيذه .

(٣) فى العقد الملزم للجانبين يطبق المبدأ القاضى بأن تحمل التبعة (risque) يكون

= ونرى أن هذا التحليل لا يزال ضرورياً حتى بعد أن أصبح التسليم فى هذه العقود الثلاثة التزاماً لا ركناً . وذلك لأن كلا من المقرض والمعير والراهن إذا فسخ العقد فى حالة إخلال المتعاقد الآخر بالتزامه ، فإنه لا يتحلل بذلك من الالتزام بالتسليم ، بل من الالتزام بترك الشىء إلى نهاية العقد .

وقد اعترض بعض الفقهاء على هذا الرأى (أنظر الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٥ — ص ٦٦ والدكتور عبد المعطى خيال هامش فقرة ٥٢) . وتتحصل اعتراضاتهم فيما يأتى :

ا) أن وصف الواجب السلبى المفروض على المعير بترك المستعير ينتفع بالعين المعارة ، وعلى الراهن بترك المرتهن يستغل العين المرهونة ، بأنه التزام وصف غير صحيح ، إذ أن هذا الواجب مفروض على الكافة أيضاً .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن الواجب السلبى المفروض على المعير وعلى الراهن يختلف اختلافاً جوهرياً عن الواجب السلبى المفروض على الكافة ، فإن الكافة لا تربطهم علاقة شخصية بالمستعير والمرتهن ، فواجبهم السلبى فى احترام حقهما هو ذات واجبهم السلبى فى احترام أى حق آخر . أما المعير والراهن فقد ربطتهما علاقة شخصية بالمستعير والمرتهن ، والتزما نحوهما التزاماً شخصياً بعدم استرداد العين قبل نهاية العقد . والفرق واضح بين التزامهما الشخصى بعدم استرداد العين وواجبهما السلبى فى احترام أى حق آخر لا تربطهما بصاحبه علاقة شخصية .

ب) أن تسليم العين المعقود عليها يتضمن فى الوقت ذاته الالتزام بعدم التعرض ، فان هذا هو غاية التسليم . والتسليم وغايته شىء واحد ، فتجزئته إلى مجرد تسليم وإلى تعهد بعدم المطالبة أو عدم التعرض تجزئة لما لا يقبل التجزئة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن التمييز بين التسليم وعدم التعرض (أو عدم المطالبة) أمر مألوف ، نراه واضحاً فى عقود هامة كالبيع والإيجار . ومن المعروف ألا فرق بين العارية والإيجار إلا فى الأجرة ، وها نحن نرى المؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة ويترك المستأجر ينتفع بها إلى نهاية الإيجار (فى القانون القديم) . فلماذا لا يلتزم المعير بتسليم العين المعارة ويترك المستعير ينتفع بها إلى نهاية العارية !

ج) إذا أمكن تصور الفسخ فى هذه العقود ، فلا يمكن تصور الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة .

وردنا على هذا الاعتراض هو أن هذا إنما يرجع إلى أن الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة يفترضان أن التسليم لم يتم . أما هنا فالتسليم قد تم ، ولم يبق إلا التزام بترك العين إلى نهاية العقد ، يقابله التزام بالمحافظة عليها .

على المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه . ويتلخص هذا المبدأ فى أنه إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته فإن الالتزام ينقضى بسبب استحالة التنفيذ ، وينقضى معه الالتزام المقابل له ، فينفسخ العقد من تلقاء نفسه (أنظر المادة ١٥٩ من التقنين المدنى الجديد) . ويكون المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه قد تحمل تبعة هذه الاستحالة . أما فى العقد الملزم لجانب واحد فإن الذى يتحمل التبعة هو المتعاقد الآخر لا المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه . ذلك لأن هذا المتعاقد ينقضى التزامه بسبب استحالة تنفيذه ، ولا يعوض المتعاقد الآخر عن ذلك شيئاً لأنه لم يتعلق فى ذمته التزام مقابل يسقط بسقوط الالتزام الأول ، فيكون هو الذى تحمل التبعة .

(٤) فى العقد الملزم للجانبين يعتبر التزام أحد المتعاقدين سبباً (cause) لالتزام المتعاقد الآخر وفقاً للنظرية التقليدية فى السبب ، وذلك للتقابل القائم ما بين الالتزامين . أما فى العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد التزام مقابل يمكن اعتباره سبباً .

٥٧ — العقد الملزم للجانبين غير التام (contrat synallagmatique imparfait) : وكان القانون الرومانى يعرف نوعاً من العقود هو وسط بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد ، وكان يسميه بالعقد الملزم للجانبين غير التام . وهو عقد ملزم فى الأصل لجانب واحد ، ولكن الجانب الآخر يلتزم بعد نشوء العقد بسبب غير العقد ، وذلك كالوديعة إذا التزم المودع بتعويض ما أصاب المودع عنده من الضرر بسبب الشىء المودع أو برد المصروفات الضرورية التى أنفقت فى حفظ الشىء من الهلاك .

والصحيح أن العقد الملزم للجانبين غير التام إنما هو عقد ملزم لجانب واحد . وما عسى أن ينشأ من التزام بعد ذلك فى جانب الدائن لم ينشأ من العقد ، بل هو التزام مصدره سبب آخر : العمل غير المشروع فى حالة التعويض عن الضرر ، والإثراء بلا سبب فى حالة رد المصروفات الضرورية . ولقد كان هذا التقسيم مفهوماً فى القانون الرومانى لأن العقود الملزمة للجانبين وحدها هى التى كانت تعتبر فى هذا القانون عقوداً يجب توافر حسن النية

فى تنفيذها (de bonne foi) ، أما العقود الملزمة لجانب واحد فكانت تعتبر عقوداً حرفية التنفيذ (de droit strict) . فكان من المفيد أن توصف العقود الملزمة لجانب واحد بأنها عقود ملزمة للجانبين ولو على نحو غير تام حتى يتيسر اشتراط حسن النية فى التنفيذ . ولكن هذه الفكرة الرومانية لم تعد قائمة فى القانون الحديث ، وأصبحت كل العقود — سواء كانت ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد — يجب أن يتوافر فى تنفيذها حسن النية . فلم تعد هناك فائدة فى أن تتسم العقود الملزمة لجانب واحد بسمة العقود الملزمة للجانبين .

٥ — عقد المعاوضة وعقد التبرع

٥٨ — **عقد المعاوضة** : هو العقد الذى يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما أعطاه . فالبيع عقد معاوضة بالنسبة إلى البائع لأنه يأخذ الثمن فى مقابل إعطاء المبيع ، وبالنسبة إلى المشترى لأنه يأخذ المبيع فى مقابل إعطاء الثمن . والقرض بفائدة عقد معاوضة بالنسبة إلى المقرض ، لأنه يأخذ الفوائد فى مقابل إعطاء الشىء لأجل ، وبالنسبة إلى المقترض لأنه يأخذ الشىء لأجل فى مقابل إعطاء الفوائد . وعقد الكفالة معاوضة بالنسبة إلى الدائن المكفول ، لأنه أخذ كفالة فى مقابل إعطاء الدين ، وهو بالنسبة إلى الكفيل يكون تبرعاً إذا لم يأخذ أجراً على كفالته إذ يكون قد أعطى دون أن يأخذ . ومن ذلك يتضح أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتبرعاً بالنسبة إلى المتعاقد الآخر ، ذلك لأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المعاوض قد أعطى المقابل للمتعاقد الآخر ، كما أن التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الآخر .

٥٩ — **عقد التبرع** : هو العقد الذى لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه ، ولا يعطى المتعاقد الآخر مقابلا لما أخذه . فالعارية عقد تبرع بالنسبة إلى المعير لأنه لا يأخذ شيئاً من المستعير فى مقابل الشىء المعار ، وبالنسبة إلى المستعير لأنه لا يعطى شيئاً للمعير فى مقابل الانتفاع بالشىء المعار . وكذلك الهبة دون عوض والقرض والوديعة والوكالة ، إذا كانت

هذه العقود الثلاثة دون مقابل ، كلها عقود تبرع على النحو الذى قدمناه . ومن ذلك يتبين أن العقود الملزمة للجانبين بعضها معاوضة كالإيجار ، وبعضها تبرع كالعارية . كذلك العقود الملزمة لجانب واحد بعضها تبرع كالهبة دون عوض ، وبعضها معاوضة كالكفالة إذا أخذ الكفيل أجراً من المدين .

ومن المفيد أن نميز فى عقود التبرع بين عقود التفضل والهبات . فعقود التفضل (actes de bienfaisance) يولى المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله . فالعارية عقد تفضل لأن المعير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها . والوديعة عقد تفضل لأن المودع عنده يتبرع بعمله لا بماله . أما الهبات (actes de libéralité) فيخرج فيها المتبرع عن ملكية ماله ، كعقد الهبة يخرج فيها الواهب عن ملكية الموهوب . ويتبين من ذلك أن الهبات أشد خطورة من عقود التفضل ، ولذلك تحوط المشرع فاشترط فى الهبة شكلا خاصاً .

٦٠ — **أهمية هذا التقسيم** : والتمييز بين عقد التبرع — تفضلا كان أو هبة — وعقد المعاوضة له نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتى :

(١) تكون مسئولية المتبرع أخف عادة من مسئولية المعاوض ، فمسئولية المودع عنده أيسر من مسئولية المستأجر . كما أن مسئولية المتبرع له أشد عادة من مسئولية المعاوض . فمسئولية المستعير أشد من مسئولية المستأجر . فهذه العقود الثلاثة — الوديعة والإيجار والعارية — تتفاوت فيها مسئولية المتعاقدين قوة وضعفاً ، وتتدرج من الضعف إلى القوة طبقاً لما إذا كان المتعاقد يتبرع كالمودع عنده ، أو يعارض كالمستأجر ، أو يتلقى التبرع كالمستعير .

(٢) الغلط فى الشخص يؤثر فى عقود التبرع . وهو لا يؤثر فى عقود المعاوضة إلا إذا كان شخص المتعاقد محل اعتبار ، كما فى الشركة والمزارعة .

(٣) يجوز الطعن فى عقود التبرع بالدعوى البولصية دون حاجة إلى إثبات سوء نية من تلقى التبرع . فإذا وهب المدين المعسر آخر شيئاً من ماله ، جاز للدائن الطعن فى هذا

التصرف ولو لم يثبت سوء نية الموهوب له . أما فى عقود المعاوضة كالبيع ، فلابد من إثبات سوء النية .

٦ — العقد المحدد والعقد الاحتمالى

٦١ — **العقد المحدد** : هو العقد الذى يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ والقدر الذى أعطى ، حتى لو كان القدران غير متعادلين فبيع شىء معين بثمن معين عقد محدد . سواء كان الثمن يعادل قيمة المبيع أو لا يعادله ما دامت قيمة المبيع ومقدار الثمن يمكن تحديدهما وقت البيع .

٦٢ — **العقد الاحتمالى** هو العقد الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى أخذ أو القدر الذى أعطى ، ولا يتحدد ذلك إلا فى المستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله . فالبيع بثمن هو إيراد مرتب مدى الحياة عقد احتمالى . لأن البائع وإن كان يعرف وقت البيع القدر الذى أعطى لا يستطيع أن يعرف فى ذلك الوقت القدر الذى أخذ ، إذ الثمن لا يتحدد إلا بموته والموت أمر لا يعرف وقت حصوله . والمشترى أيضاً كالبائع يباشر عقداً احتمالياً ، فهو يعرف القدر الذى أخذ ، ولكنه لا يعرف القدر الذى أعطى وهو الثمن الذى لا يمكن تحديده وقت البيع لما سبق بيانه . ومن العقود الاحتمالية الشائعة عقود التأمين وعقود الرهان والمقامرة[1] .

هذا وقد يظن لأول وهلة أن تقسيم العقد إلى محدد واحتمالى لا يكون إلا فى عقود المعاوضة ، وليس فى عقود التبرع إلا عقود محددة . ولكن الصحيح أن عقد التبرع قد

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العقد الاحتمالى هو الذى لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين تحديد ما يحصل عليه من المنفعة وقت التعاقد . وهى لا تتحدد إلا فيما بعد تبعاً لوقوع أمر غير محقق كبيع الثمار قبل انعقادها والزرع قبل نباته بثمن جزاف . والبيع بسعر الوحدة ليس احتمالياً لأن كلا من البائع والمشترى يعلم ما أخذ (١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المحاماة ٣١ رقم ١٣٥ ص ٣٦٥) .

يكون احتمالياً إذا كان الموهوب له لا يستطيع أن يحدد وقت تمام العقد القدر الذى يأخذ، كما إذا وهب شخص لآخر إيراداً مرتباً طول حياته .

٦٣ — **أهمية هذا التقسيم** : والتمييز بين العقد المحدد والعقد الاحتمالى له أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية . أما من الناحية القانونية فأهميته محدودة . ومن أهم نتائجه أمران:

(١) أساس العقود الاحتمالية هو ذلك الاحتمال (aléa) فى المكسب أو الخسارة . فلو اتضح أن هذا الاحتمال غير موجود فى الواقع ، وإن حسبه المتعاقدان موجوداً . فالعقد باطلا ، كما إذا باع شخص منزلا بإيراد يعطى لشخص ثالث طول حياته ، فإذا بهذا الشخص قد مات قبل وقوع البيع .

(٢) لا يؤثر الغبن عادة فى العقود الاحتمالية ، لأن الأساس الذى بنيت عليه هذه العقود هو كما تقدم غبن احتمالى يتحمله أحد المتعاقدين[1] .

٧ — العقد الفورى والعقد الزمنى[2]

٦٤ — **العقد الفورى** : هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، فيكون تنفيذه فورياً ولو تراخى التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة .

فبيع شىء يسلم فى الحال بثمن يدفع فى الحال عقد فورى : لأن عنصر الزمن هنا معدوم إذ أن كلا من المبيع والثمن يسلم فى الحال ، فهو عقد فورى التنفيذ .

وقد يكون البيع بثمن مؤجل ويبقى مع ذلك فورياً . ذلك لأن الزمن إذا كان قد

---

(١) ومع ذلك أنظر المادة ٢١٤ من تقنين الموصيات والعقود اللبنانى ، وقد جاء فى الفقرة الأخيرة من هذه المادة أن العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للابطال بسبب الغبن . ويمكن حمل ذلك على أن احتمال المكسب والخسارة فى جانب أحد المتعاقدين بعيد عن أى تعادل مع هذا الاحتمال فى جانب المتعاقد الآخر .

(٢) رجعنا فى هذا الموضوع إلى رسالة قيمة للدكتور عبد الحى حجازى ، عنوانها : « نظرية عقد المدة — العقد المستمر والدورى التنفيذ » . القاهرة سنة ١٩٥٠ . وقد آثرنا أن نسمى « العقد الزمنى » ما سماه الدكتور عبد الحى حجازى « عقد المدة » . ولا يزال العقد الزمنى فى مستهل تطوره الفقهى . ومن الخير أن يترك للفقه حتى يستكمل تطوره ، فينتقل بعد ذلك إلى التقنين . وسنعود للاشارة إليه فى أماكن أخرى متفرقة .

تدخل هنا فهو عنصر عرضى لا دخل له فى تحديد الثمن[١] . فالبيع بثمن مؤجل عندما يحين وقت تنفيذه ، يكون فورى التنفيذ . وليس الأجل إلا موعداً يتحدد به وقت التنفيذ ، ولا يتحدد به مقدار الثمن .

وقد يكون البيع بثمن مقسط ويبقى مع ذلك فورياً ، إذ الثمن الذى يدفع أقساطاً ليس إلا ثمناً مؤجلا إلى آجال متعددة . وليست هذه الآجال إلا عناصر عرضية فى العقد لا يتحدد بها مقدار الثمن . ويكون العقد فى هذه الحالة فورى التنفيذ ، جزءاً جزءاً ، عندما يحين وقت التنفيذ لـكل جزء منه .

وقد يكون الأجل الذى يضرب للتنفيذ إجبارياً ، لا اختيارياً كما فى الأمثلة المتقدمة ، ويبقى مع ذلك عنصراً عرضياً لا يتحدد به المحل المعقود عليه ، فيكون العقد فى هذه الحالة فورى التنفيذ . مثل ذلك النجار يتفق مع العميل على أن يصنع له دولاباً . فصنع الدولاب لا بد أن يستغرق زمناً ، ولـكن هذا الزمن — وهو أجل إجبارى — لا يتحدد به محل العقد . الأجل الإجبارى هنا كالأجل الاختيارى هناك ، كلاهما عنصر عرضى لا يقاس به المعقود عليه . ويكون عقد الاستصناع فى المثل الذى قدمناه فورى التنفيذ عندما يحين وقت تنفيذه ، أى بعد أن يتم صنع الدولاب .

ويتبين مما تقدم أن العقد الفورى يتحدد محله مستقبلا عن الزمن ، وأن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً ، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه . ذلك أن محل العقد الفورى — أرضاً كان أو بناء أو عروضاً أو نقداً أو غير ذلك — إنما يمتد فى المكان لا فى الزمان ، أى أن له جرماً إذا هو قيس فإنما يقاس بحيز مكانى لا بمقياس زمانى ، أو هو — كما يقول الدكتور عبد الحى حجازى فى رسالته المعروفة — حقيقة مكانية لا حقيقة زمانية . وإنما سمى بالعقد الفورى ، ولم يسم بالعقد المكانى ، لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هى فى إثبات المكان له ، بل فى نفى الزمان عنه .

---

(١) وإذا كان قد روعى فى الثمن المؤجل أن تضاف إليه الفوائد عن المدة التى أجل فيها ، فان الزمن فى هذه الحالة لا يتدخل إلا فى تحديد الفوائد ، وهى فى العادة نسبة ضئيلة من الثمن . أما فى الفوائد ذاتها ، فالزمن عنصر جوهرى .

٦٥ — *العقد الزمنى* : هو العقد الذى يكون الزمن عنصراً جوهريا فيه ، بحيث يكون هو المقياس الذى يقدر به محل العقـــد . ذلك أن هناك أشياء لا يمكن تصورها إلا مقترنة بالزمن . فالمنفعة لا يمكن تقـديرها إلا بمدة معينة . والعمل إذا نظر إليه فى نتيجته ، أى إلى الشىء الذى ينتجه العمل ، كان حقيقته مكانية ، ولـكن إذا نظر إليه فى ذاته فلا يمكن تصوره إلا حقيقة زمانية ، مقترناً بمدة معينة .

ومن ثم فعقد الإيجار عقد زمنى لأنه يقع على المنفعة ، والزمن عنصر جوهرى فيه لأنه هو الذى يحدد مقدار المنفعة المعقود عليها . وعقد العمل لمدة معينة ، عقد زمنى ، لأن الخدمات التى يؤديها العامل لا تقاس إلا بالزمن ، فالزمن عنصر جوهرى فيه إذ هو الذى يحدد مقدار المحل المعقود عليه .

وهناك من الأشياء ما يتحدد فى المكان فيكون حقيقة مكانية ، ولـكن المتعاقدين يتفقان على تكرار أدائه مدة من الزمن لسد حاجة تتكرر . فهو فى ذاته يقاس بالمكان ، ولـكن المتعاقدين اتفقا على أن يقاس بالزمان . مثل ذلك عقد التوريد ، يلتزم به أحد المتعاقدين أن يورد للمتعاقد الآخر شيئاً معيناً يتكرر مدة من الزمن . فمحل العقد هنا — وهو الشىء المعين الذى اتفق على توريده — يقاس فى ذاته بالمكان ، ولـكن المتعاقدين اتفقا على أن يتكرر مرات مدة من الزمن ، فجعلاه يقاس ، كالمنفعة والعمل ، بالزمان لا بالمكان . فالمعقود عليه فى كل من عقد الإيجار وعقد التوريد هو الزمن ، أو هو شىء يقاس بالزمن . ولـكن المعقود عليه فى عقد الإيجار يقاس بالزمن طبيعة ، أما المعقود عليه فى عقد التوريد فيقاس بالزمن اتفاقاً .

ومن ثم ينقسم العقد الزمنى إلى عقد ذى تنفيذ مستمر (contrat à exécution continue) كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة ، وعقـد ذى تنفيذ دورى (contrat à exécution périodique) كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة .

٦٦ — *أهمية هذا التقسيم* : ترجع خصائص العقد الزمنى إلى فـكرة جوهرية هى

أن المعقود عليه فيهو الزمن . والزمن إذا مضى لا يعود . فإذا نفذ العقد الزمنى حيناً من الزمن، وأريد لسبب أو لآخر الرجوع فى العقد استحال ذلك ، فإن الفترة من الزمن الذى نفذ فيها العقد قد انقضت ، وما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائياً لا يمكن الرجوع فيه . أما العقد الفورى فلا يقوم على الزمن ، وإذا نفذ فى جزء منه جاز الرجوع فيما تم تنفيذه . ويترتب على هذا الفرق الجوهرى فيما بين العقد الزمنى والعقد الفورى نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتى :

(١) الفسخ فى العقد الفورى ينسحب أثره على الماضى ، لأنه يجوز الرجوع فيه . أما الفسخ فى العقد الزمنى فلا ينسحب أثره على الماضى لأن ما نفذ منه لا تمكن إعادته.

(٢) إذا وقف تنفيذ العقد الفورى ، فإن هذا الوقف لا يؤثر فى التزامات المتعاقدين من حيث الكم ، بل تبقى هذه الالتزامات كاملة كما كانت قبل الوقف . أما العقد الزمنى فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص فى كمه وزوال جزء منه ، إذ تمحى آثاره فى خلال المدة التى وقف تنفيذه فيها . لأن هذه المدة لا يمكن تعويضها بعد أن فاتت . بل قد يترتب على وقف العقد الفورى انتهاؤه إذا كانت مدة الوقف تزيد على المدة المحددة للعقد أو تساويها.

(٣) العقد الزمنى تتقابل فيه الالتزامات تقابلا تاماً ، لا فى الوجود فحسب بل أيضاً فى التنفيذ ، فما تم منها فى جانب يتم مايقابله فى الجانب الآخر . ففى عقد الإيجار الأجرة تقابل الانتفاع ، فإذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التى انتفع فيها . أما فى العقد الفورى فإن التقابل إذا كان تاماً فى الوجود فهو غير تام فى التنفيذ . ففى عقد البيع بثمن مقسط إذا تقابل المبيع والثمن من حيث الوجود ، فليس من الضرورى أن يتقابلا من حيث التنفيذ ، ويجوز أن يدفع المشترى أقساطاً من الثمن لا يأخذ ما يقابلها من المبيع ، ويلجأ إلى فسخ البيع فيسترد ما دفعه من الثمن .

(٤) الإعذار شرط لاستحقاق التعويض فى العقد الفورى فى أكثر الأحوال . أما فى العقد الزمنى فالإعذار ليس بضرورى إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه الزمنى ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، فلا فائدة ترتجى من الإعذار .

(٥) العقد الزمنى لا يمكن إلا أن يكون ممتداً مع الزمن ، وبقدر ما يمتد يكون تغير الظروف محتملا ، ومن ثم كانت العقود الزمنية هى المجال الطبيعى لنظرية الظروف الطارئة. أما العقود الفورية فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلا[١] .

٦٧ — *ترتيب البحث فى العقد* : الآن وقد فرغنا من التمهيد للكلام فى العقد ، ننتقل إلى البحث فيه . ونرتب البحث على النحو الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد ، فنتناول فى فصول ثلاثة :

١ — أركان العقد .

٢ — آثار العقد .

٣ — انحلال العقد .

---

(١) وهناك تقسيم للعقود ، من حيث طبيعتها ، إلى عقد ذاتى (contrat subjectif) واتفاق منظم (convention institutionnelle) . فالعقد الذاتى هو اتفاق بين شخصين لهما مصلحتان متعارضتان ، وتكون الرابطة بينهما رابطة ذاتية عرضية تقتصر عليهما ولا تجاوزهما إلى غيرهما . مثل ذلك عقد البيع نرى فيه تعارضاً بين مصلحة البائع ومصلحة المشترى . والرابطة بينهما ذاتية مقصورة عليهما ، وهى لا تلبث أن تزول فى أهم مشتملاتها بانتقال ملكية المبيع إلى المشترى . أما الاتفاق المنظم فعلى النقيض من العقد الذاتى يوجد مركزاً قانونياً منظماً ثابتاً (statut, institution) هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد ، فيسرى على الغير كما يسرى على الطرفين . هذا إلى أن الطرفين و الاتفاق المنظم لا تناقض بين مصالحهما وليس فيهما دائن ومدين ، بل لهما غاية متحدة وغرض مشترك . مثل ذلك الشركة ، فإن الشركاء اتفقوا عن أن يوجد بينهم هذا المركز المنظم الثابت لغرض مشترك هو الغرض الذى يسعون اليه من وراء اشتراكهم ، ولا تعارض فيما بين مصالح الشركاء يماثل التعارض بين مصلحة البائع ومصلحة المشترى فى عقد البيع ، كما أن نظام الشركة لا يسرى على الشركاء فحسب ، بل هو أيضاً يسرى على الغير الذى يتعامل مع الشركة . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق الجامع للعمل (contrat collectif du travail) وهو يرمى إلى تنظيم القواعد التى تسرى على عقود العمل الفردية بين العامل ورب العمل ، فينظم بذلك حالة مستقرة ثابتة تسرى على من اشترك فى العقد وعلى من لم يشترك .

والواقع أن الفرق بين العقد الذاتى والاتفاق المنظم ليس على قدر كبير من الوضوح . فهناك من العقود الذاتية ما يوجد رابطة مستمرة غير وقتية كعقد الإيجار ، فإنه يخلق رابطة مستمرة بين المؤجر والمستأجر ، وهذه الرابطة قد يتعدى أثرها إلى غير المتعاقدين كالمشترى للعين المؤجرة ؛ والوكالة وهى عقد ذاتى يتعدى أثرها هى أيضاً إلى الغير الذى يتعامل مع الوكيل . والشركاء فى عقد الشركة ، التى هى اتفاق منظم ، لهم مصالح متعارضة ، إذ كل شريك يريد أن يعطى للشركة أقل حصة ممكنة ويفوز بأكبر ربح ممكن . ومن ثم ندرك السبب فى أن تقسيم العقد إلى عقد ذاتى واتفاق منظم ، وهو تقسيم ابتدعه الأستاذ ديجيه فى الفقه الإدارى ، لم يسد فى الفقه المدنى .

الفصل الأول

أركان العقد

٦٨ — **حصر أركان العقد** : العقد يقوم على الإرادة ، أى تراضى المتعاقدين . والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ، وهذا هو السبب . فللعقد إذن ركنان : التراضى والسبب(١) .

وأما المحل فهو ركن فى الالتزام لافى العقد . ولكن أهميته لاتظهر إلا فى الالتزام الذى ينشأ من العقد . فإن محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام التعاقدى فإن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، فوجب أن يراعيا استيفاءه للشروط التى يتطلبها القانون . ومن ثم فالمحل يذكر عادة مقترناً بالعقد .

فنحن نبحث القواعد التى يقوم عليها التراضى والمحل والسبب ، وكذلك الجزاء الذى يترتب على هذه القواعد وهو البطلان . ويتناول بحثنا إذن المسائل الآتية :

١ — التراضى .

٢ — المحل .

٣ — السبب .

٤ — البطلان .

الفرع الأول

التراضى

٦٩ — **وجود التراضى وصحته** : يوجد التراضى بوجود إرادتين متوافقتين . وإذا

---

(١) وقد يجب فى التراضى أن يكون فى شكل مخصوص كما فى العقود الشكلية التى سبق ذكرها . فى هذه الحالة يكون هذا الشكل المخصوص ركناً من أركان العقد .

كان وجود هاتين الإرادتين يكفي لوجود العقد ، فإنه لا يكفي لصحته ، بل يجب حتى يكون العقد صحيحاً أن تكون الإرادتان المتوافقتان صحيحتين فنبحث إذن :

١ — وجود التراضي .

٢ — صحة التراضي .

المبحث الأول

وجود التراضي

٧٠ — التراضي هو تطابق إرادتين : نصت المادة ٨٩ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

« يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ؛ مع مراعاة مايقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي في المادة ١٣٥ منه على الوجه الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، ما لم يقرر القانون أوضاعا معينة لانعقاد العقد » . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « قطع المشروع بإيثار مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة في هذا النص ، فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين » . وهذا القول الذي ورد في المذكرة الإيضاحية يوهم أن التقنين الجديد قد انحاز إلى نظرية الإرادة الظاهرة انحيازاً تاماً . والواقع غير ذلك . فقد رأينا أن التقنين الجديد في وضعه النهائي قد سلك مسلكا وسطاً بين نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، بل هو قد جعل الإرادة الباطنة هي الأصل ، ولم يعدل عنها إلى الإرادة الظاهرة إلا إذا اقتضى استقرار التعامل هذا العدول .

ولما تلى النص الذي نحن بصدده في لجنة المراجعة ، أضيف إليه عبارة « فوق ذلك » ، فأصبح كما يأتي: « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يقرر القانون فوق ذلك أوضاعا معينة لانعقاد العقد » . وقد أصبح مفهوما بهذا التعديل أن اشتراط أوضاع معينة لانعقاد العقد لايغني عن تطابق الإرادتين . ثم قدمت المادة بالنص الآتي : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وقد وافق مجلس النواب عليها دون تعديل تحت رقم ٩١ . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ تليت هذه المادة فوافقت اللجنة عليها كما هي بعد المناقشة وأصبح رقمها ٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته . (أنظر في كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨ — ص ١٣) .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٩٢ (مطابق) — الليبي م ٨٩ (مطابق) — العراقي م ٧٣ (موافق) — اللبناني م ١٦٥ وم ١٧٨ (موافق) .

فالتراضى إذن هو تطابق إرادتين[١] . والمقصود بالإرادة هنا الإرادة التى تتجه لإحداث أثر قانونى معين هو إنشاء الالتزام .

٧١ — **أركان الإرادة (أو العمل القانونى)** : والإرادة بهذا التحديد هى العمل القانونى (acte juridique) . والعمل القانونى كما رأينا أعم من العقد . فكان المنطق يقضى بأن يكون بحث العقد داخلاً ضمن بحث العمل القانونى ، لا العكس . ولكن الناحية العملية تتغلب هنا . فالعقد هو العمل القانونى الأكثر شيوعاً فى التعامل . والقواعد التى تنطبق على العقد هى ذات القواعد التى تنطبق على العمل القانونى ، إذا استثنينا منها تلك التى يقتضيها توافق الإرادتين ، كما سنبين ذلك عند الكلام فى الإرادة المنفردة ، أى فى العمل القانونى الصادر من جانب واحد . ومن ثم فأركان العمل القانونى هى بعينها أركان العقد : إرادة صحيحة ، أى إرادة صادرة من ذى أهلية وخالية من العيوب ، تقع على محل مستوف لشروطه ، وتتجه لتحقيق سبب مشروع .

٧٢ — **اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانونى** : ويعنينا هنا وجود الإرادة والمقصود بهذا أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانونى هو إنشاء الالتزام .

ويترتب على ذلك بداهة أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الإرادة ، كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعى لسكر أو مرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الإيحاء ونحو ذلك .

ولا عبرة بالإرادة التى لم تتجه لإحداث أثر قانونى ، كما فى المجاملات الاجتماعية وفى

---

(١) والذى يقع عادة أن الإرادتين المتطابقتين تتعاقبان ولا تتعاصران ، فيصدر الإيجاب أولا ، ثم يليه القبول مطابقاً له . ومع ذلك قد تتعاصر الإرادتان المتطابقتان ، كما فى الرهان على سباق الخيل ، إذ يدفع عدد من المتراهنين المبالغ التى يراهنون بها فى وقت واحد . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وفى الغالبية العظمى من الأحوال يبدأ أحد المتعاقدين بالإيجاب ، ثم يتلوه قبول المتعاقد الآخر . ولكن ليس من الضرورى أن يلى القبول الإيجاب ، فقد يتم العقد بتلاقى تعبيرين متعاصرين عن إرادتين متطابقتين ، كما هو الشأن فى الرهان على سباق الخيل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠) .

التبرع بتقديم خدمات مجانية وفى الاتفاقات التى تقوم فيما بين أفراد الأسرة ، وقد تقدم بيان هذا .

كذلك لا يعتد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهنى ، فإن الإرادة فى جميع هذه الأحوال لم تتجه اتجاهاً جدياً لإحداث أثر قانونى[1] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المقصود بالرضاء الصحيح هو كون المتصرف مميزاً يعقل معنى التصرف ويقصده ، والغرض من كونه مميزاً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركا ماهية العقد والتزاماته فيه . أما كونه يقصده فالغرض منه بيان ألا بد من إرادة حقة منه لقيام هذا الالتزام . فالإرادة إذن ركن من الأركان الأساسية لأى تصرف قانونى (وكان المتصرف وقت تحرير العقد مريضاً مرضاً عصبياً أفقده الإرادة وانتهى بالانتحار) (نقض مدنى فى ٨ مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٩ ص ٣٢٩) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نصين فى هذا الموضوع حذفا فى المشروع النهائى . فكانت المادة ١٢٧ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « يكون التعبير عن الإرادة باطلا إذا صدر من شخص وهو فى حالة غيبوبة أو وهو مصاب باضطراب عقلى ولو كان الاضطراب وقتياً ، بحيث يكون هذا الشخص فاقد التمييز » . وورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يقصد من هذا الحكم إلى مواجهة حالات الاضطراب العارض التى لا تكفى لفقد الأهلية بوجه دائم وإن استتبعت فقد الإرادة ما بقى الاضطراب قائماً ، كما هو الشأن فى الغيبوبة والسكر والتنويم المغناطيسى (أنظر التقنين الألمانى تعليقات ١ ص ١٠٣) . ويفرق القانون الانجليزى بين التصرفات التى تنعقد بإرادة منفردة والعقود التى لا تتم إلا بإرادتين . ويجعل من الاضطراب العقلى والسكر سبباً لبطلان الأولى دون الثانية . والظاهر أن هذه التفرقة ترجع إلى مغالاة هذا القانون فى الحرص على استقرار المعاملات (جنكس م ٦٤ و ٦٩ وولنستون ١ ص ١١١) » . ولما تليت المادة ١٢٧ فى لجنة المراجعة اقترح حذفها لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها ، فوافقت اللجنة على ذلك .

وكانت المادة ١٢٨ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « لا يكون التعبير عن الإرادة باطلا لمجرد أن صاحبه قد أضمر غير ما أظهر ، ولكنه باطلا إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهنى » . وورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهنى ، وهى تثير من فورها أمر البحث فى المفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة ومذهب الإرادة الظاهرة ، فإذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فبأيهما يؤخذ ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرمانى ، مؤثراً الإرادة الظاهرة ، وليس شك فى أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار فى نطاق الروابط القانونية وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف ، فضلا عن ذلك ، سنداً قوياً فى الشريعة الإسلامية ، إذ هى تعتد اعتداداً بيناً بالإرادة الظاهرة ، متأثرة فى ذلك بنزعة مادية واضحة . فإذا كان من وجه إليه التعبير عالماً بالتحفظ الذهنى المتعلق بهذا التعبير ، فلا محل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية إذ لم يعد فى الأخذ بها إخلال بتأمين المعاملات . وقد ذهب القضاء المصرى إلى إيثار المذهب الذى اتبعه المشروع فى =

٧٣ — **كيف يتم التعاقد** : والتعاقد يتم بتعبير كل من المتعاقدين عن إرادته على النحو الذى قدمناه وبتوافق الإرادتين . وقد يمر التعاقد بمرحلة تمهيدية لا يكون العقد فيها باتاً ، ويتحقق ذلك فى الاتفاق الابتدائى وفى العربون .

فيخلص إذن للبحث المسائل الآتية : (١) التعبير عن الإرادة . (٢) توافق الإرادتين . (٣) مرحلة تمهيدية فى التعاقد : الاتفاق الابتدائى والعربون .

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة

٧٤ — **تعبير الأصيل وتعبير النائب** : قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل فى التعاقد وقد يصدر من نائب عنه . فنتكلم : (أولا) فى التعبير الصادر من الأصيل ، و (ثانياً) فى التعبير الصادر من النائب ، أى النيابة فى التعاقد[1] .

§ ١ — التعبير الصادر من الأصيل

٧٥ — **الإرادة ومظهر التعبير عنها** : يجب التمييز بين الإرادة الكامنة فى النفس والمظهر الخارجى للتعبير عنها .

أما الإرادة الكامنة فى النفس فهى عمل نفسى ينعقد به العزم على شىء معين[2] .

= الفروض النادرة التى طرحت عليه بشأن التحفظ الذهنى (استئناف مختلط ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٣٢) » . ولما تليت المادة ١٢٨ فى لجنة المراجعة اقترح حذفها « لأن فيها إمعاناً فى الدقة لا حاجة لنا به » ، فوافقت اللجنة على ذلك .

(أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩ — ص ٣٠ فى الهامش) .

(١) [أنظر فى الموضوع : ديرما فى تبليغ الإرادة رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ — وليم سليمان قلادة فى التعبير عن الإرادة رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٥ — مريج فى دورايورات فى التصرف القانونى فى القانونين الفرنسى والألمانى رسالة من باريس سنة ١٩٦٠ — وحيد الدين سوار فى التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى رسالة من القاهرة سنة ١٩٦٠] .

(٢) ويقرر علماء النفس أن الإرادة يسبقها عملان تحضيريان ويليها عمل تنفيذى ، فأول مرحلة هى اتجاه الفكر إلى أمر معين ، وهذا هو الإدراك (conception) . ثم يلى ذلك مرحلة التدبر (délibération) فيزن الشخص الأمر ويتدبره . ثم تأتى المرحلة الثالثة وهى إمضاء العزيمة فى هذا =

وما دامت الإرادة عملا نفسياً فإنه لا يعلم بها من الناس إلا صاحبها ، ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير .

٧٦ — **التعبير الصريح والتعبير الضمني** : نصت المادة ٩٠ من التقنين المدني الجديد على ما يأتي :

« ١ — التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود » .

« ٢ — ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً »[1] .

= الأمر والبت فيه، وهذه هي الإرادة (volition) . فإذا انعقدت لم يبق بعد ذلك إلا مرحلة رابعة وهي مرحلة التنفيذ (exécution) . وهذه المرحلة الأخيرة هي عمل خارجي ، أما المراحل الثلاث الأولى فهي مراحل داخلية نفسية : اثنتان منها ترجعان إلى التفكير والثالثة هي الإرادة المقصودة .

وتميز علماء النفس هذه المراحل بعضها عن بعض حتى لاتختلط الإرادة بالرغبة ، وهذا شيء سابق ، ولا تلتبس بالتنفيذ ، وهو شيء لاحق . وإلا فإن النظريات الحديثة في علم النفس لاتسلم بالتمييز فيما بين المراحل المختلفة هذا التمييز الدقيق . فإنه يصعب القول بأن العمل النفسي ، وهو بطبيعته عمل معقد ، يمر على مراحل متميزة بعضها عن بعض تميزاً فيه كل هذا الوضوح . ومن الصعب الجزم بأن الإنسان لايدخل في مرحلة التدبر إلا بعد أن يتم مرحلة الإدراك . فإن الإدراك والتدبر ينفعل أحدهما مع الآخر فيتفاعلان ، كقطرة تسقط في مجرى ، فتمتزج بالماء ، فتؤثر فيه ، وتتأثر منه . ثم إن مرحلة التدبر لايزن فيها الإنسان الأمر على هذا النحو المادي ، فيستخلص أسبابا للاقدام على العمل وأخرى للاحجام عنه ، فإن العمل النفسي أكثر تعقيداً وأقل وضوحا . فإذا ما انتهينا إلى مرحلة الإرادة خيل لمن يتتبع التعليل المتقدم أن هناك قوة نفسية مستقلة ، غير قوة الإدراك وقوة التدبر ، هي التي تتولى البت في الأمر وتكون حكماً لاتعقيب على حكمه ، مع أن الإرادة ليست إلا ما ينتهي إليه الإدراك والتدبر ، فهي ليست مستقلة عنهما ، وما هي إلا امتداد طبيعي لما أودع في الإنسان من تفكير وتمييز وتبصر .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المشروع التمهيدي (م ١٢٤) على الوجه الآتي : « ١ — يجوز التعبير عن الإرادة بالألفاظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يجوز ذلك أيضاً باتخاذ موقف يكون من شأنه تبعاً للظروف ألا يدع شكا فيما يشتمل عليه هذا التعبير . ٢ — ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم يقض القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » . فأدخلت لجنة المراجعة عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد في القانون ، وأخذ رقم المادة ٩٢ من المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٩٢ . ولما تليت المادة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حولها انتهت إلى أن أغلبية اللجنة رأت حذفها ، ثم رجعت عن هذا الرأي في جلسة أخرى وأقرت بقاءها ، وأصبح رقم المادة ٩٠ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤ و ص ١٥ — ص ١٩) . =

ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة — وهو مظهرها الخارجى وعنصرها المادى المحسوس — يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمنياً .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذى اتخذه — كلاماً أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك — مظهراً موضوعاً فى ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس . فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام ، وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذى تنطوى عليه الإرادة ، وقد يؤدى اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالمخاطبة التليفونية وكإيفاد رسول لا يكون نائباً . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة فى أى شكل من أشكالها ، عرفية كانت أو رسمية ، فى شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان ، موقعاً عليها أو غير موقع ، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بأية طريقة أخرى ، أصلاً كانت أو صورة . وبديهى أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد مما يتطلبه التعبير بالكتابة . ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً ، فإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول وهزها أفقياً أو هز الكتف دلالة على الرفض . ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود ، فعرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً[1] . ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور .

= ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٣ (مطابق) — الليبى م ٩٠ (مطابق) — العراقى م ٧٧ — ٧٩ (موافق) — اللبنانى م ١٧٩ (مقارب) .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على النص الآتى (م ١٣٤ من المشروع) : « ١ — يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢ — أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض » . فاقترح حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه ، فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ فى الهامش) .

ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوى أو لتوزيع طوابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً[١] .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذى اتخذه ليس فى ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة ، مثل ذلك أن يتصرف شخص فى شىء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه ، فذلك دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك ، وكالموعود بالبيع يرتب حقاً على العين الموعود ببيعها[٢] ، وكالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت عكس ذلك ، وكالمستأجر يبقى فى العين المؤجرة بعد نهاية الإيجار ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الإيجار (أنظر م ٥٩٩) ، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها ، وكمدير ملعب يعد للتمثيل رواية عرضها مؤلف عليه[٣] .

---

(١) وقد يكون السكوت تعبيراً صريحاً عن القبول كما سيجىء (قارن حكما لمحكمة لنقض — الدائرة المدنية — فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١٠ ص ٧٦٠ ، وقد استخلصت المحكمة قبول المنذر إليه قبولا ضمنيا من سكوته عن الرد على ما تضمنه الإنذار) .

(٢) أما إذا استأجر العين من الواعد فهذا دليل على رفض الوعد بالبيع . وقد استخلصت محكمة النقض عدول الموعود بالبيع عن الشراء من طلبه من الواعد أن يؤجره أطياناً تشمل العين الموعود ببيعها (نقض مدنى ٦ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٠ ص ١٨٨) . ولم تر محكمة النقض أن تستخلص إيجاباً ضمنياً بالهبة من أن المورث فتح حساباً خاصاً فى البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه ، وقالت فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا كان كل ما قاله الحكم لإثبات الهبة أن المورث قد فتح حساباً خاصاً فى البنك لولديه أودع فيه باسمهما المبلغ المتنازع عليه وأنه فتح هذا الحساب الخاص مع وجود حساب باسمه هو فى ذات البنك . فهذا الذى قاله الحكم ليس فيه مايدل على صدور إيجاب بالهبة من المورث لأن نية الهبة لاتفترض ، وفعل الإيداع ليس من شأنه بمجرده أن يفيدها إذ هو يحتمل احتمالات مختلفة لا يرجح أحدها إلا بمرجح » . (نقض مدنى ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٨ ص ٥٩٠) .

(٣) وهناك رأى يذهب إلى أن التعبير الصريح هو التعبير المباشر — أى التعبير الذى يقصد به إيصال العلم بطريق مباشر إلى من توجه إليه هذه الإرادة — والتعبير الضمنى هو التعبير غير مباشر — أى التعبير الذى لا يقصد به إيصال العلم بالإرادة مباشرة ، بل يستدل منه بطريق غير مباشر على وجود هذه الإرادة . ولا نرى أن هناك فرقاً محسوساً بين الرأيين ، بل يمكن القول إن الأسلوب المألوف فى التعبير هو التعبير المباشر ، والأسلوب غير المألوف فى التعبير هو التعبير غير المباشر . والى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « ويراعى أن الفارق العملى بين هذين المعيارين ضئيل إن لم يكن معدوما . فالأسلوب المألوف فى التعبير عن الإرادة هو فى الوقت ذاته الأسلوب المباشر : فى حين أن الأسلوب غير =

وأى مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفى بوجه عام فى التعبير عن الإرادة ، مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً ؛ فى شكل معين ، ومع مراعاة أن هناك قواعد للاثبات تستوجب الكتابة فى كثير من الفروض ، ولكن الكتابة فى هذه الحالة الأخيرة ليست مظهراً للتعبير عن الإرادة بل طريقاً لإثبات وجودها بعد أن سبق التعبيرعنها . ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيراً صريحاً ، ولا يكتفى بالتعبير الضمنى . وهى أحوال يراد فيها عادة تنبيه العاقد قبل التعاقد إلى وجه الخطر فيما هو مقدم عليه ، فلا يبرم الأمر إلا بعد التروى وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة . وهذا نوع من الشكلية المهذبة . وهذه الأحوال إما أن ينص عليها المشرع أو يتفق عليها المتعاقدان . مثل الذى ينص عليه المشرع حجية الدفاتر والأوراق المنزلية لا تقوم إلا فى إحدى حالتين ، أن يذكر المدين فيها صراحة أنه استوفى ديناً أو أن يذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند (أنظر م ٣٩٨) ، وبائع التركة يرد للمشترى ما استولى عليه منها مالم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد (أنظر م ٤٥٧) ، وبراءة ذمة المستأجر الأصلى نحو المؤجر إذا صدر من هذا قبول صريح بالتنازل عن الإيجار أو بالإيجار من الباطن (أنظر م ٥٩٧)[١] . وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ مظهر التعبير عن الإرادة شكلا خاصاً بأن يكون تعبيراً صريحاً أو يكون بالكتابة أو بكتابة رسمية ، وفى هذه الأحوال ينفذ الاتفاق فلا يوجد التعبير إلا فى الشكل المتفق عليه وقد سبق بيان ذلك[٢] .

= المباشر ليس فى الغالب بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شىء فقد آثر المشروع ألا يفصل فى المسألة بنص تشريعى ، تاركا أمر البحث عن المعيار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥) .

(١) وقد لايصل المشرع إلى حد أن يتطلب تعبيراً صريحاً ، ولكنه يتطلب مثلا اتفاقاً خاصاً (أنظر م ٣٠٩ و م ٤٤٥ و م ٧٨١) ، أو ينص على أن الإرادة لاتفترض (أنظر م٢٧٩ وم٣٥٤ وم٣٦٠)، أو يستوجب أن يكون تفسير الإرادة تفسيراً ضيقاً (أنظر م ٥٥٥) . وفى جميع هذه الأحوال لايشترط التعبير الصريح ، ولكن تجب الحيطة والتشدد فى استخلاص التعبير الضمنى .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٨ فى الهامش .

وكل ما قدمنا عن التعبير الصريح والتعبير الضمنى كان معمولا به قضاء دون نص فى ظل القانون القديم[1].

٧٧ — الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة(*) — تمهيد : إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجى ، فسيان الأخذ بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة مادام الاثنتان متطابقتين . أما إذا اختلفتا — كما إذا أمضى شخص عقداً مطبوعاً يتضمن شرطاً كان لا يقبله لو فطن له ، وكشخص ينزل فى فندق على شروط لا يعلمها ولكنها مكتوبة ومعلقة فى غرفته ، وكمن يوصى على أثاث منزلى بطريق التأشير على بيان مطبوع فإذا به يؤشر على أثاث غرفة نوم وهو يريد أثاث غرفة استقبال — فالقاعدة المعروفة فى القوانين اللاتينية أن الإرادة الباطنة هى التى يؤخذ بها . ولكن نظرية حديثة كان للألمان الضلع الأكبر فيها ، تأخذ بالإرادة الظاهرة . ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية فى العقد كما اختلفتا فى الالتزام وكما اختلفتا فى نظرتهما العامة للعلاقات القانونية . فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة فنظرتها موضوعية (objectif) ، والأخرى تنفذ إلى البواطن النفسية فنظرتها ذاتية (subjectif) . فإذا اقتصرنا على العقد رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة ، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة .

---

(١) وقد جرى القضاء المصرى على الاعتداد بالتعبير الضمنى عن الإرادة كما يعتد بالتعبير الصريح (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨ — وفى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢) . وذهب كذلك إلى أن مسلكا معيناً أو ضرباً من ضروب التصرف قد يعتبر إفصاحا عن الإرادة (استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٠١) .

(*) بعض المراجع الرئيسية : سالى فى الإعلان عن الإرادة — بنكاز تكملة بودرى جزء ٢ — ديموج فى الالتزامات جزء أول — بلانيول وريبير وإسمان جزء أول — ديريه (Dereux) رسالة فى تفسير الأعمال القانونية سنة ١٩٠٥ ، وانظر أيضاً مقالا له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠١ — مقال الأستاذ منيال (Meynial) فى الإعلان عن الإرادة فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٥٤٥ — ص ٥٧٣ — مقال الأستاذ هوريو (Hauriou) والأستاذ جيليوم دى بيزان (Guillaume de Bezin) فى الاعلان عن الإرادة فى القانون الإدارى الفرنسى فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٣ ص ٥٤٣ — ص ٥٨٦ — نظرية العقد للمؤلف ص ١٥٠ وما بعدها — أصول الالتزامات للدكتور حلمى بهجت بدوى ص ٨٢ وما بعدها — نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٧٠ وما بعدها .

٧٨ — **نظرية الإرادة الباطنة** (volonté interne) : وهى تبحث عن الإرادة فيما تنطوى عليه النفس . أما مظهر التعبير عن الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس . فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن المظهر المادى لا يتفق مع الإرادة النفسية ، فالعبرة بهذه لا بذاك . وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة النفسية عن طريق الجزم ، فما على القاضى إلا أن يتعرفها عن طريق الافتراض . فالإرادة الحقيقية أولا ، وإلا فالإرادة المفترضة . ولكنها — حقيقية أو مفترضة — هى الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة : الإرادة الحرة المختارة فى معدنها الحقيقى ، غير متأثرة لا بغش ولا بإكراه ولا بغلط .

٧٩ — **نظرية الإرادة الظاهرة** (volonté externe, déclaration de volonté) : فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر بحث فقهاء الألمان نظرية الإرادة الباطنة بحث المدقق ، وخلصوا من بحثهم إلى أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر فى القانون . فهى شىء كامن فى النفس ، والإرادة التى تنتج أثراً هى الإرادة فى مظهرها الاجتماعى ، لا فى مكمنها وهى تختلج فى الضمير . ولا تأخذ الإرادة مظهراً اجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها . فالعبرة بهذا الإفصاح ، إذ هو الشىء المادى الذى يستطيع القانون أن يحيط به وأن يرتب أحكامه ، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوى عليه النفس من نيات . فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية ، والإراده الباطنة لا وجود لها إلا فى العالم النفسى . فإذا أريد أن يكون لها وجود فى العالم الاجتماعى ، وجب أن تتجسم فى المظهر المادى لها ، وهو ما يستطاع إدراكه . وفى هذا استقرار للتعامل ، وطمأنينة لمن يسكن بحق إلى ما يظهر أمامه من إرادة لا يستطيع التعرف عليها إلا من طريق التعبير عنها ، فلا يحتج عليه بعد ذلك بأن من تعاقد معه كان ينطوى عليه نية أخرى غير التى تستخلص من الطريق الذى اختاره للتعبير عن هذه النية[1] .

---

(١) وقد تأثر التقنين الألمانى بالفقه الألمانى ، فأخذ إلى حد كبير بنظرية الارادة الظاهرة وطبق القانون الانجليزى هذه النظرية فى كثير من الفروض (أنظر جنكس م ٧٧ : إذا استعمل شخص طرقا للتعبير عن إرادته بحيث يكون من المعقول تبعاً للظروف أن يفهم منها معنى معين ، فلا يجوز له أن ينكر هذا المعنى =

ولا يشترط أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة طريقاً خاصاً لمظهر التعبير ، فأى مظهر من هذه المظاهر يصح عندهم . وقد يكون هذا المظهر تعبيراً صريحاً أو تعبيراً ضمنياً ، وقد يكون مجرد السكوت فى أحوال خاصة مظهراً من مظاهر التعبير . والمهم عندهم ألاتقتصر الإرادة على عمل نفسى ، بل تبرز إلى العالم المادى فى علامة ظاهرة ، هى التى نقف عندها ، ونقدر الإرادة بقدرها .

وهم لا يكتفون من المظهر الخارجى للارادة بأن يكون مجرد دليل عليها — دليل يقبل إثبات العكس إذا تبين من الظروف أن التعبير الخارجى لا يتفق مع الإرادة الداخلية — ولو اكتفوا بذلك لاتفقوا مع أصحاب نظرية الإرادة الباطنة . ولكنهم يذهبون إلى مدى أبعد ، ويعتبرون هذا المظهر الخارجى هو العنصر الأصلى للارادة ، فيجب الوقوف عنده . وإذا كان لا بد من اعتباره دليلا على الإرادة الداخلية ، فهو دليل لا يقبل إثبات العكس . فلا يسمع لشخص يدعى أنه أضمر غير ما أظهر ، ما دام قد أراد هذا التعبير الذى اختاره لإرادته[١] .

= فى مواجهة شخص تصرف عن حسن نية تصرفا يتلاءم مع هذا المعنى . وانظر أيضاً بولوز فى العقد طبعة تاسعة ص ٥ — ص ٦ — وولستن فى العقد جزء أول فقرة ٩٤) .

أما الشريعة الاسلامية فمع أن القاعدة فيها أن العبرة بالمعانى أى بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين ، إلا أن الفقهاء فى كثير من الفروض يقفون عند المعانى الظاهرة من الألفاظ التى استعملها المتعاقدان ، فلا يتعدونها إلى المعانى الكامنة فى السريرة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والألفاظ ، ووقوفهم طويلا عند شرح ما تتضمنه هذه العبارات من المعانى ، وما يستتبعه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام . فليس هذا منهم فى رأينا استمساكا باللفظ ، بل هو تغليب للارادة الظاهرة على الارادة الباطنة . هذا إلى أن هناك ثلاثاً جدهن جد وهزلهن جد ، أى أن الارادة الظاهرة تتغلب فيها حتما على الارادة الباطنة ، وهى الزواج والطلاق والعتاق (التلويح والتوضيح جزء ٢ ص ٧٨٧ — ٧٨٩) .

(١) ذلك أن أنصار الارادة الظاهرة لايغفلون الارادة الباطنة على نحو مطلق . فهم يشترطون أن يكون وراء مظهر التعبير إرادة كامنة ، ولكن هذه الارادة تكون مقصورة على أن يتصل بالارادة الظاهرة أن تتخذ مظهرها الخارجى لتحدث أثرها القانونى (volonté de déclarer) . فمن يعبر عن إرادته بالكتابة لايقصد بهذه الارادة المكتوبة أن تتخذ مظهرها الخارجى فى الكتابة لتحدث أثرها القانونى إلا وقت أن يوقع على هذه الكتابة ، بل هو فى الغالب لايقصد ذلك إلا بعد أن يسلم الورقة المكتوبة ، أو بعد أن يقوم بتصديرها . ويترتب على ذلك أن أفعال الطفل أو المجنون لا يصح أن تؤخذ مظهراً مادياً =

٨٠ — **موقف التقنين الجديد** : وقد سبق القول إن التقنين الجديد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد التقنين القديم فى أمر الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فلم يجمد فى الوقوف عند الإرادة الباطنة ، بل تزحزح قليلا نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار فى التعامل على أنه لم يبلغ مبلغ التقنين الألمانى فى اقترابه من الإرادة الظاهرة كما سبق أن بينا . وإذا جاز أن يقال إن التقنين الألمانى قد أكمل نظرية الإرادة الظاهرة بنظرية الإرادة الباطنة فإن التقنين الجديد يكون قد أكمل نظرية الإرادة الباطنة بنظرية الإرادة الظاهرة .

= يعتد به فى التعبير عن الارادة ، لأن إرادة الطفل أو المجنون معدومة ، فلا يصح أن يقال إنه قصد أن تتخذ إرادته هذا المظهر الخارجي لتحدث أثرها القانونى (أنظر المادتين ١٢٧ و ١٢٨ من المشروع التمهيدى وقد مر ذكرهما . وانظر فى هذا المعنى فون تور Von Tuhr ص ١٣٢ — سالى فى إعلان الارادة ص ٢ — رسالة الدكتور الشيتى المقدمة لمعهد القانون المقارن بجامعة باريس فى تكوين العقد وتفسيره فى القانون المدنى المصرى الجديد ص ٦٤ هامش رقم ٣) .

ولا بد من وجود الارادة الظاهرة وجوداً حقيقياً ، فالارادة المكتوبة لا وجود لها إذا كانت مزورة. أما إذا لم تكن مزورة فهى موجودة حتى لو وجهت إلى غير الشخص المقصود ، بأن وجهت خطأ إلى شخص آخر يحمل اسم الشخص المقصود (فون تور Von Tuhr ص ١٣٦ — رسالة الدكتور الشيتى المشار اليها ص ٨٤ فقرة ٧٥) .

هذا والنتائج العملية للتمييز بين مبدأى الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة محدودة ، وهى لا تظهر إلا إذا أمكن تقديم دليل على أن الإرادة الظاهرة تختلف عن الإرادة الباطنة ، وقلما يستطاع إثبات ذلك . وفى الأحوال القليلة التى يمكن فيها تقديم هذا الدليل يتقارب المبدآن من ناحية أخرى . ذلك أن مبدأ الإرادة الباطنة لا يترك المظهر الخارجي الخاطىء دون جزاء ، بل يرتب عليه الحق فى التعويض ، على أساس المسئولية التقصيرية ، لمن اطمأن لهذا المظهر ، حماية للثقة المشروعة .

ومهما يكن من الأمر فلا يزال هناك فرق بين المبدأين لا يجوز إغفاله . فنظرية الإرادة الظاهرة تنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة اجتماعية أما نظرية الإرادة الباطنة فتنظر إلى الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية . وهذا الفارق يترتب عليه نتيجتان عمليتان : (١) عند تفسير العقد إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة فهو لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجنه سريرة المتعاقدين بل هو يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً اجتماعياً لا نفسياً ، مستنداً فى ذلك إلى العرف الجارى وإلى المألوف فى التعامل . (٢) إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة فإن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ما دام الغرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد ، فيكون حكم ذلك حكم تفسير نص القانون . أما إذا كان التفسير يتجه إلى بحث الإرادة الباطنة ، فهذه مسألة واقع لقاضى الموضوع فيها الرأى الأعلى — وسنتناول هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام فى تفسير العقد .

٨١ — *متى ينتج التعبير عن الإرادة أثره* : والتعبير عن الإرادة ـ سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، وسواء اعتد فيه بالإرادة الباطنة أو بالإرادة الظاهرة ـ لا ينتج أثره إلا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩١ من التقنين المدنى الجديد ، فهى تنص على ما يأتى : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك »(١) .
ولا نظير لهذا النص فى التقنين المدنى القديم .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المشروع التمهيدى (م ١٢٥) على الوجه الآتى : « ١ — ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يصل فيه إلى من وجه إليه بحيث يتمكن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير أو فى الوقت الذى وصل إليه فيه . ٢ — إذا وصل عدول بعد وصول التعبير عن الإرادة ، وكان قد صدر بحيث كان يصل ، فى الظروف المعتادة ، قبل وصول التعبير عن الإرادة أو فى الوقت ذاته ، فيجب على من وجه إليه العدول أن يخطر الطرف الآخر فوراً بهذا التأخر ، فإذا تهاون فى الإخطار اعتبر وصول العدول فى وقت غير متأخر » . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة ، اقترح حذف الجزء الثانى من الفقرة الأولى لعدم الحاجة إليه ، وكذلك الفقرة الثانية جميعها لأنها تقرر حكماً تفصيلياً لا يحسن أن يقرر بنص تشريعى ، فوافقت اللجنة على ذلك . ثم ناقشت الجزء الباقى من المادة ، واستقر الرأى على أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره بالعلم ، ولكن لما كان العلم أمراً متعذر الإثبات فيحسن أن يؤخذ الوصول قرينة عليه لأنه أكثر انضباطاً ، على أن تكون هذه القرينة قابلة لإثبات العكس ، والطرف الذى وجه إليه التعبير عن الإرادة هو الذى يتحمل عبء إثبات العكس . وأصبحت المادة فى صيغتها النهائية (م ٩٣ من المشروع النهائى) كما يأتى : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به إلا أن يقام الدليل على عكس ذلك » . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٣ . ثم عرضت على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، فرأت الأغلبية حذفها ، ثم أعادت اللجنة النظر فيها فأقرت بقاءها ، وأصبح رقمها ٩١ . ووافق مجلس الشيوخ عليها بعد ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ — ص ٢٨) .

ونذكر هنا أن التقنين المدنى السورى الجديد الذى صدر بعد التقنين المدنى المصرى الجديد بزمن قليل — وعين لنفاذه تاريخ سابق على التاريخ الذى عين لنفاذ القانون المصرى نفسه — سار على نهج القانون المصرى فى الغالبية العظمى من نصوصه وأحكامه . ومن الفروق النادرة ما بين التقنينين أن التقنين السورى لم ينقل عن التقنين المصرى نص المادة ٩١ . ويبدو أنه أراد بذلك أن يجعل التعبير عن الإرادة لا يتأخر إنتاجه لأثره إلى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويعزز هذا التفسير أنه جعل التعاقد فيما بين الغائبين يتم فى المكان الذى صدر فيه القبول (م ٩٨ من التقنين السورى) لا فى المكان الذى علم فيه الموجب بالقبول (م ٩٧ من التقنين المصرى) . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى التعاقد ما بين الغائبين . ＝

ولإيضاح ذلك يجب التميز بين وجود التعبير وجوداً فعلياً ووجوده وجوداً قانونياً . فالتعبير يكون له وجود فعلى بمجرد صدوره من صاحبه ، ولكنه لا يكون له وجود قانونى إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . والعبرة فى التعبير بوجوده القانونى لأن هذا الوجود وحده هو الذى تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير . وهذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره (efficacité) .

فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً مثلا فإنه لاينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم المتعاقد الآخر الذى يوجه إليه الإيجاب[١] ومتى وصل إلى علمه أنتج أثره . ومعنى ذلك أن الإيجاب من وقت العلم يعتبر قائماً لا يجوز العدول عنه ، وكان قبل العلم أى قبل أن ينتج أثره يجوز فيه العدول[٢] . ولكن هذا ليس معناه أن الإيجاب الذى أصبح من وقت العلم قائماً لايجوز العدول عنه ، هو إيجاب ملزم لا يجوز الرجوع فيه . فإن الإيجاب الذى لايجوز العدول عنه ، يجوز مع ذلك الرجوع فيه ، ما لم يكن ملزماً . وحتى يكون الإيجاب ملزماً يجب توافر شروط معينة سيأتى الكلام فيها . ومن ذلك يتبين أن العدول لا يكون إلا قبل أن يستكمل الإيجاب وجوده القانونى ، أما الرجوع فلا يكون إلا بعد أن يستكمل الإيجاب هذا الوجود بشرط ألا يكون ملزماً ، فإذا كان ملزما فلا يجوز العدول عنه ولا الرجوع فيه . وإذا كان التعبير عن الإرادة قبولا مثلا ، فإنه كذلك لا ينتج أثره

= ويقابل هذا النص فى التقنينات الحديثة العربية الأخرى : السورى : لامقابل (أنظر ما تقدم) الليبى م ٩١ (مطابق) — العراق م ٨٧ (موافق) — اللبنانى : لا مقابل (مثل السورى) .

(١) [وهذا هو التعبير عن الإرادة واجب التسلم receptice . أما إذا لم يكن من شأن التعبير أن يوجه إلى شخص معين بالذات ، كالوعد بالجائزة ، فإنه لا يكون واجب التسلم non receptice (أنظر عبد الحى حجازى فى مصادر الالتزام صحيفة ٤٦٩ — ورسالة درما فى تبليغ الإرادة — رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ — وهو يرجع هذه التفرقة إلى الفقيه الألمانى زيتلمان] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا كان الموجب قد التزم فى إيجابه بالبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة ، فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه به ، وإلى هذا الوقت يعتبر أن الإيجاب لا يزال فى حوزة الموجب ، وله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه لأن التعديل ماهو إلا صورة من صور العدول لا يملكه الموجب إلا فى الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه (نقض مدنى ١٠ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٤٠ ص ٣٥٩) — قارن سليمان مرقس مصادر الالتزام فقرة ٧٨ ص ١٠٣] .

إلا من وقت علم الموجب به . وأثر القبول أكثر وضوحاً من أثر الإيجاب ، فإن القبول إذا أنتج أثره كان هذا الأثر هو تمام العقد . ومن ذلك يتبين أن القبول إذا صدر فلا يتم به العقد إلا من وقت وصوله إلى علم الموجب ، وهذه هى نظرية العلم التى سنراها فى التعاقد بين الغائبين .

وقد جاءت المادة ٩١ بقرينة قانونية على العلم لما قد ينطوى عليه من خفاء ، فقضت بأن وصول التعبير قرينة على العلم به ، لأن العادة جرت أن الناس إذا وصل إليهم شىء أحاطوا به علماً وقت وصوله . على أن هذه القرينة القانونية ليست قاطعة ، فيجوز لمن وصل إليه التعبير أن يثبت أنه لم يعلم به بالرغم من وصوله ، وهو الذى يحمل عبء الإثبات[1] .

ويتبين مما تقدم أن التقنين الجديد قطع فى أمر كان التقنين القديم فيه متردداً ، إذ جعل التعبير عن الإرادة ينتج أثره من وقت العلم به ، وكان القضاء فى عهد التقنين القديم يتردد بين وقت إعلان التعبير ووقت تصديره ووقت وصوله ووقت العلم به ، وسنرى ذلك عند الكلام فى التعاقد بين الغائبين .

٨٢ — الموت وفقد الأهلية — أثرهما فى التعبير عن الإرادة : وقد قدمنا أن التعبير عن الإرادة يكون له وجود فعلى من وقت صدوره من صاحبه ، وهذا الوجود الفعلى يبقى

---

(١) لم تورد المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٥ من المشروع التمهيدى (وهى المقابلة للمادة ٩١ من القانون الجديد) الأمر على النحو الذى بيناه فى المتن . فهى قد بنت إنتاج التعبير لأثره عند وصوله إلى علم من وجه إليه على فكرة أن الإيجاب ملزم بوجه عام ، فقبل العلم يكون الإيجاب موجوداً وجوداً فعلياً ووجوداً قانونياً ولكن يجوز الرجوع فيه إلى وقت العلم ومنذ هذا الوقت يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه . وكان هذا النظر يتمشى مع المشروع التمهيدى الذى جعل الإيجاب ملزماً (م ١٢٩ من هذا المشروع) وهذا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى صدد المادة ١٢٥ من المشروع التمهيدى : « تتناول هذه المادة تعيين الوقت الذى يصبح فيه التعبير عن الإرادة نهائياً لا يجوز العدول عنه (اقرأ : الرجوع فيه) . فمن الواجب التمييز بين وجود التعبير ، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره إذ يصبح عملا قانونياً قائماً لا يتأثر وجوده بوفاة من صدر منه أو بفقد أهليته ، وبين استكمال هذا التعبير لحكمه وتوفر صفة اللزوم له تفريعاً على ذلك ، وهذا لا يتحقق إلا فى الوقت الذى يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩ — ٢٠) .

ولما كان المشروع النهائى ، ومعه القانون الجديد ، قد عدل عن جعل الإيجاب ملزماً بوجه عام ، فحذف المادة ١٢٩ من المشروع التمهيدى ، فقد كان من الواجب أن يدخل تعديل فى الاعتبارات التى من أجلها لا ينتج التعبير أثره إلا من وقت العلم به ، على النحو المبسوط فى المتن .

له حتى لو مات صاحبه أو فقد أهليته . وهنا اعتبر التقنين الجديد أن التعبير عن الإرادة قد انفصل عن صاحبه ما دام قد تم له الوجود الفعلى ، فلا يسقط بموت من صدر منه التعبير ولا بفقده لأهليته . وفى هذا ضرب من الأخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة التى تبقى كامنة فى نفس صاحبها وتموت بموته وتزول بفقده لأهليته[١] . وإذ اعتبر التقنين الجديد ذلك ، فقد رتب على هذا الاعتبار نتيجة هامة خالف فيها التقنين القديم . فجعل التعبير يبقى بعد الموت أو فقد الأهلية ، بل ويستكمل وجوده القانونى بوصوله إلى علم من وجه إليه . وهذا ما تقضى به المادة ٩٢ من التقنين الجديد ، فهى تنص على ما يأتى : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل »[٢] .

---

(١) [يرى الأستاذ عبد الحى حجازى أن هذا ليس تطبيقاً لفكرة الإرادة الظاهرة ، بل هو تطبيق لمبدأ استقلال التعبير من صاحبه بمجرد صدوره منه (مصادر الالتزام ص ١٩٨ — ١٩٩) . ونلاحظ أن فكرة استقلال التعبير عن صاحبه ليست إلا تطبيقاً من تطبيقات الإرادة الظاهرة] .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يؤثر فى صحة التعبير عن الإرادة أن يكون من صدر منه أو من وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته ، ما لم يتبين العكس من إرادة الطرفين أو من طبيعة التعامل » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة دارت مناقشة طويلة حوله وكان هناك من يرى أن التعبير يسقط إذا مات صاحبه أو فقد أهليته قبل العلم به . وبعد المناقشة جعل هذا الحكم مقصوراً على موت من وجه إليه التعبير أو فقده لأهليته . وانتهت المناقشة إلى تعديل النص على الوجه الذى استقر فى التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٩٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٤ . وكذلك وافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص تحت رقم ٩٢ ، وجاء فى تقريرها ما يأتى : « واقترح الاستعاضة عن المادة ٩٢ بالنص الآتى : « ينقضى التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقد أهليته قبل أن يتصل التعبير بعلم من وجه إليه ، لأن نص المشروع فى هذه المسألة يخالف المستقر والمألوف فى مصر وفرنسا ، ولأنه قد يفضى إلى الإضرار بورثة المتوفى أو فاقد الأهلية ، إذ قد لا يتيسر للورثة أو ممثل فاقد الأهلية الإحاطة فى الوقت المناسب بتصرفات من عبر عن الإرادة . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن التعبير عن الإرادة متى صدر صريحاً ارتبطت به مصالح لا يجوز إهدارها بسبب حادث طارىء هو موت من صدر منه هذا التعبير أو فقده لأهليته ، ولا يبقى بعد ذلك من سند للاقتراح إلا الإبقاء على المألوف ، ولكن اللجنة راعت أن هذا المألوف لا يستند إلى أساس فقهى أو منطق سليم ، بل الفقه والمنطق يقضيان بالاعتراف للتعبير عن الإرادة بكيان ذاتى ، ومثل =

وقد كان القضاء المصرى فى ظل التقنين القديم يجرى على أن موت صاحب الإرادة أو فقده لأهليته قبل أن تنتج الإرادة أثرها يستتبع سقوط الإرادة[(١)]. ويرجع هذا فى رأينا إلى أن التقنين القديم لم يكن يستطيع أن يتصور انفصال الإرادة عن صاحبها ، فهو لا يراها إلا إرادة كامنة فى النفس تموت بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته . ولا شك فى أن حكم التقنين الجديد فى هذه المسألة يفضل حكم التقنين القديم من حيث استقرار التعامل . والمثل الآتى يوضح ذلك : شخص فى مصر كتب لآخر فى فرنسا يعرض عليه صفقة ، فقبلها الآخر ، ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب ، ولم يكن هذا عند وصول القبول إليه يعلم بموت صاحبه . العقد فى هذه الحالة يتم وفقاً للتقنين الجديد ، وكان لا يتم فى ظل التقنين القديم . وظاهر أن القول بتمام العقد هو الذى يتفق مع استقرار التعامل فإن الموجب لا مأخذ عليه إذا هو اطمأن إلى تمام الصفقة ورتب شؤونه على هذا الاعتبار[(٢)] .

= هذا الوضع أكثر ضماناً لاستقرار المعاملات وحماية المصالح» . وقد وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩ — ص ٣٥) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى لامقابل . الليبى م ٩٢ (مطابق) . العراقى لامقابل . اللبنانى لامقابل .

(١) أنظر محكمة الاستئناف الوطنية فى ٩ مارس سنة ١٩٢٠ المحاماة ٤ ص ٤٤٩ — محكمة طنطا فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية رقم ٣٢ ص ٣٠٥ — وكانت المادتان ٥٠/٧٢ من القانون القديم تطبقان هذا المبدأ فى عقد الهبة فتنصان على ما يأتى : « تبطل الهبة بموت الواهب أو بفقد أهليته للتصرف قبل قبول الموهوب له » .

ويبدو أن القانون السورى الجديد — وقد سبقت الإشارة إليه — اختار مذهب القانون المدنى القديم ، فلم ينقل عن القانون المدنى الجديد نص المادة ٩٢ ، وأراد بذلك أن يسقط التعبير عن الإرادة بموت صاحبه أو بفقده لأهليته .

(٢) هذا ولو اعتبرنا الإيجاب ملزماً كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى ، لأمكن القول أيضاً بتمام العقد فى الفرض الآتى : شخص فى مصر كتب لآخر فى فرنسا يعرض عليه صفقة ، ومات الموجب قبل أن يصل الكتاب إلى الطرف الآخر ، ولم يكن هذا عند وصول الكتاب إليه يعلم بموت الموجب ، فقبل الصفقة .

والسبب فى أن الصفقة لاتتم فى هذا الفرض إذا لم نعتبر الإيجاب ملزماً هو أن القبول لايصل إلى الموجب إلا بعد موته ، ومن ثم فلا ينتج أثره . أما إذا اعتبرنا الإيجاب ملزماً ومات الموجب ، فإن التزامه بالبقاء =

ويجب على ورثة القابل فى هذه الحالة (وعلى القيم فى حالة فقد الأهلية) وقد تم العقد أن يقوموا بتنفيذه فى الحدود التى تلتزم بها الورثة بعقود مورثهم[1] . وغنى عن البيان أن العقد لايتم فى المثل المتقدم إذا تبين من الإيجاب أو من طبيعة التعامل أن شخص القابل هو محل الاعتبار . فإذا قصد الموجب — وبان هذا القصد فى إيجابه صراحة أو ضمناً — أن العقد لا يتم إلا مع القابل بالذات ، أو كان الأمر المعقود عليه تستعصى طبيعته أن يقوم بتنفيذه غير القابل شخصياً ، كما إذا كان هذا فناناً وعرض عليه القيام بعمل يدخل فى فنه ، فإن القبول يسقط بموت القابل[2] .

= على إيجابه ينتقل إلى ورثته ، فإذا وصلهم القبول أنتج أثره . وعلى هذا الأساس الأخير سارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ كان الإيجاب ملزماً فى هذا المشروع . (أنظر عبد الحى حجازى مصادر الالتزام ص ٤٩٧) .

(١) ولما كان التقنين الجديد قد استحدث هذا الحكم ، فلا يكون له أثر رجعى . فلو أن القابل مات أو فقد أهليته قبل نفاذ التقنين الجديد (أى قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فإن قبوله يسقط بالموت أو بفقد أهليته طبقاً للقانون القديم . لكن إذا صدر القبول قبل نفاذ التقنين الجديد ومات القابل أو فقد أهليته بعد نفاذه ، فإن القبول لايسقط بالموت أو فقد الأهلية طبقاً للتقنين الجديد ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفورى (**effet immédiat**) .

(٢) وقد سارت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٢٦ من المشروع التمهيدى (وهى التى تقابل المادة ٩٢ من التقنين الجديد) على الأساس الذى سارت عليه فى المادة السابقة ، فاعتبرت أن عدم سقوط التعبير بالموت أو فقد الأهلية إنما جاء نتيجة منطقية لكون الإيجاب ملزما ، فورد فى هذا الصدد ما يأتى : « يقضى النص بأن التعبير عن الإرادة لايسقط بموت من صدر منه أو بفقد أهليته . وهذا الحكم ليس إلا نتيجة منطقية للزوم التعبير عن الإرادة . فالالتزام بالإبقاء على التعبير ، أو بعبارة أدق بالارتباط به ، يظل قائماً بعد الموت أو فقد الأهلية ، شأنه فى ذلك شأن أى التزام آخر . فإذا كان التعبير عن الإرادة إيجاباً وفقد الموجب أهليته قبل صدور القبول ، وجه القبول بداهة إلى نائبه لا إلى شخصه » .

وهذا التعليل إذا صلح فى قانون يعتبر الإيجاب ملزما بوجه عام كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى ، فهو لايصلح تعليلا فى قانون لا يعتبر الإيجاب ملزما إلا فى حالات خاصة . على أن المذكرة الإيضاحية سارت إلى مدى أبعد فى تقرير عدم سقوط التعبير بالموت أو فقد الأهلية حتى لو لم يكن التعبير ملزما ، إذ قالت : « ووجود التعبير ، حتى قبل أن يصبح لازما ، لا يتأثر هو أيضاً بالموت أو بفقد الأهلية ... وغنى عن البيان أن حق العدول ينتقل إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية قبل وصول التعبير » . وهذه الفقرة من المذكرة الإيضاحية تصلح تفسيراً صحيحاً للتقنين الجديد ، ويضاف إليها أن حق الرجوع فى الإيجاب ينتقل هو أيضاً إلى ورثة الشخص أو ممثليه إذا حدثت الوفاة أو طرأ فقد الأهلية بعد وصول التعبير ، وذلك فى الحالات التى لا يكون فيها الإيجاب ملزما .

(أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١) .

كل هذا بخلاف من وجه إليه القبول ، فإنه إذا فقد أهليته أو مات قبل وصول القبول إلى علمه فإن العقد لا يتم ، لأن القبول فى هذه الحالة لا يمكن أن ينتج أثره ، إذ هو لن يصل إلى علم من وجه إليه بعد أن مات ، فيبقى الإيجاب دون قبول ولا يتم العقد[1] .

---

(١) [قارن سليمان مرقس فقرة ٨٢ ص ١١٣ . وانظر جلال العدوى مبادىء الالتزامات ص ١٥٠] وكان المشروع التمهيدى (م ١٢٦) يقرر غير ذلك ، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم . ولكن المشروع النهائى عدل النص على الوجه الذى رأيناه فى التقنين الجديد كما أسلفنا القول .

وقد كان التقنين القديم يستثنى عقد الهبة من المبدأ القاضى بأن موت من وجه إليه التعبير أو فقده لأهليته يسقط التعبير ، فكانت المادتان ٥١/٧٣ من هذا التقنين تنصان على أنه « يسوغ أن يحصل قبول الهبة من ورثة الموهوب له إذا كان قد توفى قبل القبول ، وفى حالة الهبة لمن ليس أهلا للقبول يصح قبولها ممن يقوم مقامه » . ولم يرد لهذا النص القديم مقابل فى التقنين الجديد ، فلا يؤخذ الآن بهذا الحكم الاستثنائى إذ لا نص عليه .

هذا ، ويجب التمييز بين المبدأين اللذين أخذ بهما التقنين الجديد . فهو من جهة قرر أن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه . وهو من جهة أخرى قرر أن هــذا التعبير لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه . ولكل من هذين المبدأين نطاقه الخاص . ويترتب على الجمع بينهما ما يأتى : (١) إذا صدر تعبير من الموجب ، ومات هــذا قبل أن يصل الإيجاب إلى علم الطرف الآخر ، فإن التعبير يبقى قائماً ولهذا الطرف الآخر أن يقبل الإيجاب . ولكن هذا القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل هو أيضاً إلى علم الموجب ، وهذا قد مات فلا يتم العقد . (٢) إذا صدر قبول من الطرف الآخر ومات هذا ، بقى قبوله قائماً ، ومتى وصل إلى علم الموجب تم العقد . لكن إذا مات الموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه ، فإن القبول لا ينتج أثره ولا يتم العقد .

[حالة وفاة من وجه إليه الإيجاب : هــذه حالة لم تتناولها المادة ٩٢ مدنى ، وقد اختلف فيها الفقه ، فرأى البعض أنه لا يجوز للورثة القبول (عبد المنعم الصده ص ٩٤) . وفرق البعض بين الوفاة الحاصلة قبل تلقى الإيجاب فيسقط الإيجاب ، وبين الوفاة الحاصلة بعد تلقى الإيجاب فيجوز للورثة القبول ما لم تكن شخصية الورثة محل اعتبار (سليمان مرقس فقرة ٨٣ ص ١١٦ — عبد الحى حجازى ص ٥٢٧) . وتقاس على الوفاة حالة فقد الأهلية] .

§ ٢ — النيابة فى التعاقد (*)

(التعبير الصادر من النائب)

٨٣ — تمهيد : التعبير الصادر من النائب — من حيث إنه تعبير عن الإرادة — يخضع لجميع القواعد التى أسلفناها ، فيكون صريحاً أو ضمنياً ، ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، وينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ولا يسقط بموت النائب أو فقده لأهليته ، كل ذلك على التفصيل الذى قدمناه . وهو — من حيث إنه تعبير يصدر من النائب لا من الأصيل — يقتضينا الكلام فى نظرية النيابة .

والنيابة (représentation) هى حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانونى لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو [1] .

(*) بعض المراجع الرئيسية : ديموج فى الالتزامات ١ ص ٨٩ — ص ١٥٥ — بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ٥٤ — ص ٦٧ — بيلون (Pilon) رسالة من كان Caen سنة ١٨٩٨ — أودينو (Audinot) فى النيابة القاصرة رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — كوربسكو (Corbesco) رسالة من باريس سنة ١٩١٣ — بولاند (Boland) رسالة من ليبج سنة ١٩٢٧ — بوبسكو رامنسيانو (Pobesco Ramnicéano) رسالة فى النيابة فى القانون المقارن سنة ١٩٢٧ — كلاريز (Clarise) رسالة من ليل سنة ١٩٤٩ مجلة التشريع المقارن سنة ١٩٢٨ ص ٩٠ وما بعدها — الترجمة الفرنسية للقانون الألمانى الجزء الأول ص ٢٠١ — ص ٢٤٢ — نظرية العقد للمؤلف ص ٢٠٦ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ٧٥ ومابعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٩١ ومابعدها ، الدكتور سليمان مرقس ص ١٥٨ وما بعدها — الدكتور أنور سلطان ص ٤٦ وما بعدها — الدكتور عبد المنعم فرج الصده ص ١٣٩ ومابعدها .

(١) إذا كانت النيابة تبدو فى القانون الحديث نظاماً منطقياً معقولا ، فإن الأمر لم يكن كذلك فى القوانين القديمة . فقد كانت هذه القوانين تستعصى على فكرة النيابة ، ولم تسلم بها إلا تدرجاً وفى حدود معينة :

كان القانون الرومانى يعترف من قديم بنيابة الابن والعبد عن رب الأسرة ، ولكن فى جعله دائناً لا مديناً . ثم أخذ يعترف بنيابتهما فى جعل رب الأسرة مديناً أيضاً ولكن فى حدود معينة . أما غير الابن والعبد فلم يكن له أن ينوب عن غيره ممن لا يخضع لسلطته لا دائناً ولا مديناً . فإذا وكل شخص آخر فى عمل يقوم به مع الغير ، فالغير لا يعرف إلا الوكيل يرجع عليه ، وكذلك الموكل لا يعرف إلا الوكيل ، ولم تكن هناك علاقة مباشرة بين الغير والموكل . ثم تطور القانون فصار للغير دعوى قبل الموكل مع استبقاء دعواه الأصلية قبل الوكيل ، ما لم يكن النائب وكيلا بحكم القانون كالوصى والقيم ، فقد كان يعطى دفعاً لدعوى الغير ، وفى هذه الحالة كان الغير لا يستطيع الرجوع إلا على الأصيل فكانت النيابة كاملة . أما أن يعطى الموكل دعوى قبل الغير ، أى أن يصبح الشخص دائناً بوكيل ، فهذا ما لم يتم فى القانون الرومانى إلا فى =

والنيابة — بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها — تكون إما نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذى يحدد هذا النطاق ، كما فى الولى والوصى والقيم والسنديك والحارس القضائى والفضولى والدائن الذى يستعمل حق المدين . وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذى يتولى تحديد نطاقها ، ويتحقق هذا فى عقد الوكالة[1] .

والفكرة الجديدة التى اهتدى إليها الفقه الحديث فى موضوع النيابة هى أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه . وقد هجر الرأى القديم الذى كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمص شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذى يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل ، وذلك بالقدر الذى لا يتلقى فيه النائب من الأصيل

= حالات معينة منها حالة النيابة القانونية . ويبقى الوكيل هو الدائن للغير ، ويؤدى بعد ذلك حساباً للموكل فيكون مديناً له (أنظر جيرار ص ٦٧٨ ، ص ٦٩٠ — وانظر فى القانون الفرنسى القديم بريسو (Brissaud) ص ١٤٤٢ وما بعدها) .

وفى الشريعة الإسلامية اختلفت المذاهب فى هذا الموضوع . فأبو حنيفة يرجع حكم العقد إلى الموكل ، أما حقوق العقد فترجع إلى الوكيل ، وهو فى هذا قريب من القانون الرومانى على النحو الذى تقدم . والشافعى يرجع حكم العقد وحقوقه إلى الموكل دون الوكيل ، وهو فى هذا يتفق مع القانون الحديث (أنظر البدائع ٦ ص ٣٣ — ص ٣٤) .

(١) وقد ينظر إلى النيابة بالنسبة إلى المصدر الذى يضفى على النائب صفة النيابة . فتكون قانونية كما فى الولى ، فإن القانون هو الذى يعين الأولياء . وتكون قضائية كما فى الوصى والقيم والحارس القضائى ، فإن جهة قضائية هى التى تختار هؤلاء . وتكون اتفاقية كما فى الوكيل ، فإن العقد هو الذى يعينه . ومن ثم تكون نيابة الوكيل نيابة اتفاقية بالنسبة إلى المصدر الذى يحدد نطاقها وبالنسبة إلى المصدر الذى يضفى صفة النيابة . وتكون نيابة كل من الولى والفضولى والدائن نيابة قانونية بالمعنيين معاً . وتكون نيابة كل من الوصى والقيم والحارس والسنديك نيابة قانونية بالمعنى الأول ونيابة قضائية بالمعنى الثانى .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصين حذفا من المشروع النهائى لوضوح حكمهما . فكانت المادة ١٥٥ من المشروع التمهيدى تنص على ما يأتى : « يجوز التعاقد بالإصالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » . وكانت المادة ١٥٦ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ١ — النيابة اتفاقية أو قانونية . ٢ — يحدد التفويض الصادر من الأصيل نطاق سلطة النائب عند ما تكون النيابة اتفاقية ، فإذا كانت قانونية فالقانون هو الذى يحدد تلك السلطة » . (أنظر فى هذا وفى المذكرة الإيضاحية لهذين النصين المحذوفين مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ — ص ٩١) .

تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها ، إذ يكون فى هذه الحدود معبراً عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو[1] . والخصوصية فى التعبير الذى يصدر من النائب مترجماً عن إرادته هو أن

---

(١) وكان الفقه التقليدى — وعلى رأسه أعلام من الفقهاء من أمثال سافينى ولابيه وبلانيول وجنى — يذهب إلى أن النائب يتقمص شخص الأصيل ، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته . وقد هجر الفقه الحديث هذا الرأى ، وهو يذهب الآن إلى أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل . وهذا الرأى الجديد يبرز ما يميز النيابة من طابع جوهرى ، فالنائب يعبر عن إرادته هو ، ومع ذلك ينصرف أثر هذه الإرادة لا إليه بل إلى الأصيل .

أما الرأى التقليدى الذى كان يذهب إلى أن النائب يعبر عن إرادة الأصيل فقد كان قائماً على ضرب من الإفتراض القانونى ، إذ يفترض أن الأصيل لا النائب هو الذى أبرم العقد مع الغير وأن إرادة النائب ليست إلا إرادة الأصيل . وإذا أمكن أن نتصور هذا فى حالة الوكالة عندما يصدر الموكل للوكيل تعليمات جامعة مانعة يسير بموجبها ولا يجوز أن ينحرف عنها ، فيكون الوكيل إذ ذاك أقرب إلى أن يكون رسولا ، فإن هذا صعب التصور فى حالة ما إذا كان الوكيل مفوضاً فى أن يتصرف برأيه ، حيث يبدو فى وضوح أن الإرادة هى إرادة الوكيل ومع ذلك ينصرف أثرها إلى الموكل ، بل يتعذر تصور هذا فى حالة الفضولى وهو يتصرف دون إذن من الأصيل ودون علمه ، فالإرادة لا شك إرادة الفضولى والأثر ينصرف إلى الأصيل . ويتعذر تصور هذا بوجه خاص فى حالة الولاية والوصاية والقوامة ، حيث يستحيل القول إن الإرادة هى إرادة المحجور لا إرادة الولى ، إذ إرادة المحجور ناقصة بل قد تكون معدومة ، ومن أجل هذا فرضت عليه النيابة . ويتعذر تصور هذا إطلاقاً فى حالة الحارس القضائى . فهو يتصرف فى المال الموضوع تحت حراسته بإرادته هو لا بإرادة الأصيل ، ويتصرف غالباً رغم إرادة الأصيل .

ومن ثم تحول الفقه الحديث كما قدمنا — يقوده أعلام من الفقهاء من أمثال إهرنج وديموج وكابيتان وبولانجيه ورواست وبيلون — إلى القول بأن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل . ويعلل بيلون كيف تكون الإرادة إرادة النائب وينصرف أثرها مع ذلك إلى الأصيل بأن الالتزام لم يعد ، كما كان فى القانون الرومانى ، رابطة بين شخصين ، بل هو رابطة بين ذمتين ماليتين . وإذا صعب أن نتصور أن إرادة شخص تحل محل إرادة شخص آخر ، فإنه لا يصعب تصور أن إرادة شخص ينصرف أثرها إلى مال شخص آخر . ويؤخذ على هذا التعليل أنه يفصل ما بين الشخص وذمته المالية ، وأنه إذا صلح فى النيابة على مجموع المال كما فى الولاية والوصاية فإنه لا يصلح فى تصرف معين حيث يقتصر أثر النيابة على شىء معين بالذات . وقد أورد الفقيهان لنى إيلمان وبوبسكو رامينسيانو تعليلا آخر ، فقالا إن النيابة وصف من أوصاف التصرف القانونى كالشرط والأجل ، فالتصرف القانونى البسيط تكون الإرادة فيه إرادة المتصرف وينصرف أثر الإرادة إليه ، أما فى التصرف القانونى الموصوف بوصف النيابة فالإرادة إرادة النائب وينصرف أثرها إلى الأصيل بتسليط من الأصيل نفسه أو من القانون . ويرد على هذا الرأى بأن الوصف أمر عارض يأتى بعد أن يستكمل التصرف كل مقوماته ، أما النيابة فهى تتصل بصميم التصرف القانونى إذ تعين طرف العقد الذى ينصرف إليه أثره وهذا ركن من أركان العقد وليس بأمر عارض . ومن ثم قام فقهاء — (ميتيس فى ألمانيا وكوربسكو فى فرنسا وتارتوفارى فى إيطاليا) — يقولون إن الأثر ينصرف إلى الموكل باشتراك إرادته مع إرادة الوكيل ، أما فى النيابة القانونية فالقانون يحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل . وذهب كلاريز إلى أن إرادة النائب =

= وحدها أو مشتركة مع إرادة الأصيل — هي التي تحدد نطاق الالتزام (contenu de l'obligation) أما الذي يخلق الرابطة القانونية (lien de droit) ما بين نطاق الالتزام وذمة الأصيل فهي إرادة الأصيل في النيابة الاتفاقية والقانون ذاته في النيابة القانونية ، ويرى ماوريه أن القانون وإن كان هو الذي رتب الأثر وصرفه إلى الأصيل ، إلا أن القانون في ذلك لا بد أن تحركه الإرادة ، والإرادة التي حركته هي الإرادة المشتركة للنائب والأصيل في النيابة الاتفاقية وإرادة النائب وحده في النيابة القانونية . ويذهب حلمي بهجت بدوي إلى أنه في النيابة الاتفاقية تشترك إرادة الأصيل مع إرادة النائب في إمضاء العقد ، أما في النيابة القانونية فالعقد ينعقد بإرادة النائب وحده . وينتقد جمال مرسي بدر نظرية اشتراك الارادتين ويقول بأن إرادة النائب وحده هي التي تبرم العقد (أنظر عرضاً شاملا لهذه الآراء المختلفة في رسالته في النيابة في التصرفات القانونية ص ٤٤ — ص ٧١) . وقد بين في وضوح أن التقنين المدني المصري الجديد أخذ بنظرية إرادة النائب لا بنظرية اشتراك إرادتي النائب والأصيل في كتابه «دراسات في النظرية العامة للنيابة : حول مشروع المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص فقرة ٧ ص ١٥ » . أما ديجي الفقيه الفرنسي المعروف فيذهب إلى أن الصعوبة في المسألة قد قامت من جراء ربط الأثر القانوني بالإرادة ، في حين أن القانون وحده لا الإرادة هو الذي يرتب الآثار القانونية ، وقد رتب القانون على إرادة النائب آثاراً تنصرف إلى الأصيل.

وبعد استعراض كل هذه المناقشات الفقهية ، نقرر أن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، وبإرادته وحدها ينعقد العقد دون أن تشترك مع إرادته إرادة الأصيل . ولكن النائب مع ذلك يكسب الأصيل حقاً أو يرتب في ذمته إلتزاماً . ذلك لأننا خرجنا عن نطاق القاعدة الرومانية الضيقة التي كانت تقضي بأن أثر الإرادة لا ينصرف إلا إلى صاحبها — وهذا ما كانت الشكلية في القانون الروماني تقتضيه في فكرة الرابطة الشخصية للالتزام — إلى نطاق قاعدة أوسع تقضي بأن الإرادة ، بعد أن تحررت من قيودها بالنسبة إلى الموضوع ، تتحرر أيضاً من قيودها بالنسبة إلى الأشخاص ، فينصرف أثرها إلى غير صاحبها ، وسنرى مثلا آخر لذلك في الاشتراط لمصلحة الغير .

ونلاحظ هنا أموراً ثلاثة : (١) إننا لا نقول كما يقول ديجي إن الإرادة لا ترتب أثراً والقانون هو الذي يرتبه ، بل نحن نقول إن الإرادة هي التي ترتب الأثر ، وهي هنا ترتب أثراً بعيد المدى يتعدى صاحبها إلى غيره . (٢) إن الإرادة هنا لا تقتصر على إنشاء حق للغير كما تفعل في الاشتراط لمصلحة الغير ، بل هي أيضاً ترتب التزاماً في ذمة الغير على عكس ما سنرى في التعهد عن الغير ، وذلك أن الضرورات العملية اقتضت هذا في النيابة ولم تقتضه في التعهد عن الغير . (٣) إذا انصرف أثر الإرادة — حقاً أو التزاماً — إلى الغير في النيابة الاتفاقية وجب أن يكون ذلك بتسليط من الغير نفسه ، وقد يكون هذا التسليط سابقاً كما في الوكالة ، وقد يكون لاحقاً كما في إقرار الموكل ما يجاوز حدود الوكالة وانصراف أثر الإرادة إلى الغير في الاشتراط لمصلحة الغير هو أيضاً بتسليط من الغير نفسه ، وقد يكون التسليط سابقاً كما في الوكالة ، وقد يكون لاحقاً كما في إقرار الموكل ما يجاوز حدود الوكالة . وانصراف أثر الإرادة إلى الغير في الاشتراط لمصلحة الغير هو أيضاً بتسليط لاحق .

ويخلص من كل ذلك أن النائب يعبر عن إرادته هو ، فينصرف أثر هذه الإرادة إلى الغير ، بتسليط من الغير في النيابة الاتفاقية ، وبحكم القانون في النيابة القانونية .

(أنظر فيما قدمناه مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٥ ص ٢٩٢ — ص٢٠٦ . — وسنعود إلى المسألة في الجزء السابع من الوسيط عند الكلام في الوكالة وهي من أهم مصادر النيابة) .

هذا التعبير ينتج أثره لا فى شخص صاحبه كما هو الحال فى كل تعبير عن الإرادة ، بل فى شخص غيره وهو الأصيل .

والنيابة لا تتحقق إلا بشروط معينة ، ولها آثار خاصة . وقد ينوب شخص واحد عن طرفى العقد فتحل إرادته محل إرادتيهما معاً ، أو يتعاقد أصيلا عن نفسه نائباً عن غيره ، فيبدو فى الفرضين أن الشخص يتعاقد مع نفسه ، وهذه حالة هامة من أحوال النيابة نفردها بالذكر .

فنتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (١) شروط تحقق النيابة (ب) آثار النيابة (جـ) تعاقد الشخص مع نفسه .

(١) شروط تحقق النيابة

٨٤ — **حصر هذه الشروط** : حتى تكون هناك نيابة يجب :

(أولاً) أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل .

(ثانياً) وأن تجرى إرادة النائب فى الحدود المرسومة للنيابة .

(ثالثاً) وأن يكون التعامل باسم الأصيل لا باسم النائب .

الشرط الأول — حلول ارادة النائب محل ارادة الأصيل :

٨٥ — **النائب والرسول** : تقدم القول أن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فهو ليس بمجرد وسيط بين الأصيل والغير يقتصر على نقل إرادة كل منهما إلى الآخر ، وإلا كان رسولا (messager) . وهناك فرق بين التعاقد بنائب والتعاقد برسول . فنى الحالة الأولى يتعاقد الأصيل بنائب عنه ، ويعتبر التعاقد بين حاضرين إذا جمع النائب والمتعاقد الآخر مجلس واحد ، والعبرة بإرادة النائب فلا يصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز ، ويعتد بالعيوب التى تلحق هذه الإرادة . أما فى الحالة الثانية فالأصيل يتعاقد بنفسه ، والتعاقد يكون بين غائبين حتى لو جمع الرسول والمتعاقد الآخر مجلس واحد ،

والعبرة بإرادة الأصيل إذ الرسول يعبر عن هذه الإرادة فيصح أن يكون مجنوناً أو غير مميز مادام يقدر مادياً على نقل هذه الإرادة ويستطيع تبليغ الرسالة صحيحة ، ولا ينظر فى عيوب الرضاء إلى إرادة الرسول بل إلى إرادة المرسل .

٨٦ — *العبرة بإرادة النائب وبنيته* : ومن ذلك نرى أن مجرد الوساطة لا تكفى لتحقيق النيابة ، بل يجب لتحقيقها أن يكون النائب معبراً عن إرادته هو لا عن إرادة من ينوب عنه . ويترتب على ذلك : (١) أن عيوب الرضاء ينظر فيها إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل . فإذا وقع النائب فى غلط أو تدليس أو إكراه كان العقد قابلا للابطال ، ولا يعترض على هذا بأن إرادة الأصيل لم يشبها عيب من هذه العيوب . كذلك يعتد بالتدليس والإكراه الصادرين من النائب فتصبح إرادة من تعاقد معه معيبة . وإذا وقع التدليس أو الإكراه من الأصيل فإنه يؤثر كذلك فى صحة العقد ، لأن التدليس والإكراه يؤثران فى صحة العقد ، حتى لو وقعا من الغير فأولى أن يؤثرا فى صحة العقد إذا وقعا من الأصيل . (٢) أن حسن النية وسوءها يتلمسان عند النائب لا عند الأصيل ، وذلك فى الأحوال التى يرتب فيها القانون أثراً على ذلك . فإذا كان النائب حسن النية وتعامل مع مدين معسر ، فلا يجوز لدائنى هذا المدين الطعن فى التصرف بالدعوى البوليصية . أما إذا كان النائب سيىء النية وتواطأ مع المدين المعسر ، فللدائنين الطعن فى التصرف حتى لو كان الأصيل حسن النية .

وقد ينظر فى بعض الفروض إلى نية الأصيل . ويتحقق ذلك إذا كان النائب يتصرف وفقاً لتعليمات محددة صدرت له من الأصيل . فإذا وكل شخص آخر فى شراء شىء معين بالذات ، وكان الموكل يعلم بما فيه من العيب والوكيل يجهل ذلك ، فلا يجوز فى هذه الحالة للموكل أن يرجع على البائع بدعوى العيب . ذلك لأن فى تمسك الموكل بدعوى العيب إساءة لاستعمال النيابة ، فهو يحتمى بحسن نية وكيله ، ويتمسك بجهل الوكيل بظروف كان يعلمها هو . وهذا تحايل لا يصح أن يقره القانون[١] .

---

(١) جمال مرسى بدر — دراسات فى النظرية العامة للنيابة : حول مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون =

وقد أورد القانون الجديد كل هذه الأحكام ، فنص فى المادة ١٠٤ على ما يأتى :

« ١ — إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما » .

« ٢ — ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها »[1] .

= الخامس فقرة ٧ ص١٥ — وقارن ديموج ١ فقرة ١٤٧ — ١٥٠ ، حلمى بهجت بدوى ص ٧٩ — ص ٨٠ ، أحمد حشمت أبو ستيت ص ٩٣ — ص ٩٤ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٧ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : « يكون شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى صحة التعبير عن الإرادة ، ومدى ما يتأثر به هذا التعبير من وجود عيب فى الإرادة ، أو من العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها » ولما عرض على لجنة المراجعة ، اقترح استكمال الحكم بما يسمح فى بعض الأحوال بأن يعتد بإرادة الأصيل إلى جانب إرادة النائب ، وقدمت المادة فى المشروع النهائى تحت رقم ١٠٧ بالنص الآتى : « ١ — إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بها . ٢ — ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان يستطيع أن يعلمها » . وقد وافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٧ . ووافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص بعد تعديل جاء عنه فى تقريرها ما يأتى : « عدلت العبارة الأخيرة فى الفقرة الأولى فاستعيض عن التعبير « بوجوب العلم بها » بالتعبير « بافتراض العلم بها حتما » ، حتى تكون دلالة النص أضيق . وعدلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية تعديلا يتمشى مع ما تقرر بالنسبة إلى الفقرة الأولى » . وأصبح رقم المادة ١٠٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة .

وجاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ليست الأحكام الواردة فى هذه المادة سوى تطبيقات للنظرية الحديثة فى النيابة القانونية . فما دامت إرادة النائب هى التى تنشط لإبرام العقد بجميع ما يلابسها من ظروف ، فيجب أن يناط الحكم على صحة التعاقد بهذه الإرادة وحدها دون إرادة الأصيل . وعلى هذا النحو يكون للعيوب التى تلحق إرادة النائب أثرها فى التعاقد . فإذا انتزع رضاه بالإكراه ، أو صدر بتأثير غلط أو تدليس ، كان العقد قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل ، رغم أن إرادته براء من شوائب العيب . أما فيما يتعلق بالظروف التى تؤثر فى الآثار القانونية للتعاقد فيجب أيضاً أن يكون مرجع الحكم عليها شخص النائب لاشخص الأصيل ، وعلى ذلك يجوز أن يطعن بالدعوى البوليصية فى بيع صادر من مدين معسر تواطأ مع نائب المشترى ولو أن الأصيل ظل بمعزل عن هذا التواطؤ » . =

ولم يكن فى القانون القديم مقابل لهذا النص ، ولكن القضاء والفقه فى مصر كانا يعملان دون نص بمقتضى هذه الأحكام[1] .

٨٧ — أما الأهلية فينظر فيها للأصيل : ولا يؤخذ من أن النائب إنما يعبر عن إرادته أنه يجب أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة للعقد الذى يباشره نيابة عن الأصيل . ذلك لأن العقد إذا كان ينعقد بإرادة النائب فإنه ينتج أثره فى شخص الأصيل ، فالأصيل لا النائب هو الذى يجب أن تتوافر فيه الأهلية للعقد[2] .

وإذا كانت الأهلية تشترط فى الأصيل ، فهى لا تشترط فى النائب كما قدمنا . فيصح أن ينوب قاصر أو محجور عليه فى بيع منزل مملوك لشخص تتوافر فيه أهلية التصرف[3] ولكن النائب يجب أن يكون أهلا لأن تصدر منه إرادة مستقلة لأنه يعبرعن إرادته هو، فيجب إذن أن يكون مميزاً ولو كان قاصراً . ولكن إذا كان الوكيل قاصراً جاز له أن يطلب إبطال عقد الوكالة ، فلا يرجع الموكل عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب أو بدعوى الفضالة[4] .

= (أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٠ — ٩٤) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٥ (مطابق) — الليبى م ١٠٤ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٧٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٠٦ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦١ . والعبرة فى توافر الأهلية فى الأصيل بالوقت الذى يباشر فيه النائب العقد ، فلو أن الأصيل لم يكن أهلا لهذا العقد وقت إعطاء التوكيل وكان أهلا له وقت مباشرة الوكيل للتعاقد ، صح العقد . ولا يصح إذا كان الأصيل أهلا وقت التوكيل وغير أهل وقت مباشرة العقد .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للسفيه المحجور عليه أن يكون وكيلا عن الغير ، ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه بل باسم موكله (٨ يونيه سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ ص ١٤٨) .

(٤) ويلاحظ أنه إذا اختار الوكيل القاصر أن يبطل عقد الوكالة ، فإن نيابته المستمدة من هذا العقد تبطل ببطلان العقد ، ويصح أن ينقلب إلى فضولى إذا توافرت شروط الفضالة . هذا وقد جاء فى المذكرة =

وكل هذا ما لم تكن النيابة قانونية . فإن القانون فى هذا النوع من النيابة هو الذى أضفى على النائب صفته ، وهو الذى يعين أهليته وأهلية الأصيل ، فيجوز أن يكون الأصيل قاصراً — مميزاً أو غير مميز — كما يجوز أن يطلب من النائب كمال الأهلية ، ويتحقق هذا فى الوصاية والقوامة .

الشرط الثانى — استعمال النائب إرادته فى الحدود المرسومة للنيابة :

٨٨ — *مجاوزة النائب لحدود نيابته* : وإذا كان النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل ، فإنه يجب أن يعبر عن هذه الإرادة فى حدود نيابته ، وهى الحدود التى عينها القانون أو الاتفاق . فإذا جاوز هذه الحدود فقد صفة النيابة ولا ينتج العمل الذى قام به أثره بالنسبة إلى الأصيل .

على أن العمل ينتج استثناء أثره بالنسبة إلى الأصيل إذا كان الغير الذى تعامل مع النائب حسن النية ، أى لا يعلم بمجاوزة حدود النيابة ، وكانت لديه أسباب قوية تدعوه إلى الاعتقاد بأن النائب قد تعاقد فى حدود نيابته(١) . مثل ذلك أن يكون النائب قد خولت له نيابة مستمرة ، كعملاء التأمين ومديرى الشركات ووكلاء الدوائر ، وأن يكون العمل الذى قام به يدخل عادة فى حدود نيابته . ومثل ذلك أيضاً أن يبقى الأصيل سند النيابة فى يد النائب بعد انتهاء النيابة ، فيتعامل الغير مع النائب الذى انتهت نيابته مطمئناً إلى هذا السند(٢) .

= الإيضاحية المشروع التمهيدى ، فى صدد توافر الأهلية فى الأصيل دون النائب ، ما يأتى : « وعلى نقيض ما تقدم يعتد فى الحكم على الأهلية بشخص الأصيل دون النائب . فإذا كان الأصيل أهلا للتعاقد بالأصالة ، صح تعاقد النائب عنه ولو لم يكن هذا النائب كامل الأهلية . وقد يكون مصدر النيابة فى الصورة الأخيرة وكالة ، فما دام النائب غير أهل لعقدها ، كان عقد الوكالة وحده قابلا للبطلان » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٢) .

(١) [أنظر فى هذا الموضوع بحثاً للدكتور عبد الباسط جميعى بعنوان « الوكالة الظاهرة » فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية (التى تصدرها كلية حقوق عين شمس) السنة ٥ ص ٢٨٣ وما بعدها] .

(٢) وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يخول للغير أن يطلب من النائب صورة من سند نيابته ، فكانت المادة ١٥٨ فقرة ثانية من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فاذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه » . وبقى هذا النص فى المشروع النهائى وفى المشروع الذى وافق عليه مجلس النواب . ولما عرض =

وقد اشتمل التقنين الجديد على نصين هما تطبيقان للمبدأ المتقدم . (أولهما) هو الخاص بحالة انقضاء النيابة وكان النائب ومن تعاقد معه يجهلان هذا الانقضاء . فنصت المادة ١٠٧ على أنه «إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه »[1] . مثل ذلك أن

= على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قررت هذه اللجنة حذفه ، « إذ اعترض عليه بأنه لا فائدة منه إطلاقاً ، على أن سند النيابة قد يكون عرفياً ، فاذا أريد الإبقاء على هذه الفقرة فيجب أن ينص فيها على أن يكون سند النيابة رسمياً ، لا سيما أن لهذه المادة مقابلا فى القانون الحالى وهى المادة ٥١٨ مدنى — وكانت المادتان ٥١٨/٦٣٤ من القانون القديم تقضيان بالحق لمن يعامل الوكيل فى أن يطلب منه صورة رسمية من سند التوكيل — ولما تبين من المناقشة أن هذه الفقرة لا ضرورة لها لأن الشخص الذى يتعاقد مع نائب عن الغير تقضى عليه الظروف بالاحتياط والحكمة فى معاملته ، فقد يكتفى بسند عرفى ، وقد يصر على طلب سند رسمى ، وقد يصرف النظر عن هذا وذاك ، فالمرجع فى هذا الخصوص إلى رغبة المتعاقد مع النائب عن الغير » . وجاء فى تقرير اللجنة : « حذفت الفقرة الثانية من هذه المادة لأنها تتناول مسألة عملية تفصيلية ، فى القواعد العامة ما يغنى عن النص عليها » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ، ص ٩٥ — ص ٩٧) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للنص المحذوف ما يأتى : « فإذا احتفظ النائب بسند نيابته بعد انقضائها ، كان لمن تعاقد معه بناء على ثقته فى هذا السند حق التمسك بالنيابة . ويستوى فى هذه الحالة أن يكون النائب عالماً وقت العقد بانقضاء نيابته أو أن يكون جاهلا بهذه الواقعة . وقد روعى فى تقرير هذه القاعدة ما هو ملحوظ من خطأ الأصيل فى عدم سحب السند من النائب بعد انقضاء النيابة مباشرة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ — ص ١٠٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ما دام النائب لم يعلم بانقضاء نيابته ، فإن أثر العقد الذى يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً ، ينصرف إلى الأصيل وخلفائه كما لو كانت النيابة لا تزال باقية ، هذا إذا كان الغير الذى تعاقد معه النائب يجهل هو أيضاً أن النيابة قد انقضت » . ولما عرضت المادة على لجنة المراجعة أقرتها بعد أن بدلت عبارة « ينصرف إلى الأصيل » بعبارة « يضاف إلى الأصيل » ، وأصبح رقم المادة ١١٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١٠ . وعدلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ صياغة المادة إلى الوجه الذى استقرت عليه فى القانون حتى يكون المعنى أوضح دون مساس بجوهر الحكم ، وأصبح رقم المادة ١٠٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة — هذا ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « قد تنقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك ، كما إذا كان يجهل موت الأصيل أو إلغاء التوكيل ، فاذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة ، كان تعاقده ملزماً للأصيل وخلفائه . وقد قصد من تقرير هذا الحكم إلى توفير ما ينبغى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار » . (أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٢ — ص ١٠٤) . =

يعزل الأصيل النائب دون أن يعلم هذا بالعزل ، أو أن يموت الأصيل دون أن يعلم النائب بموته ، فيتعاقد النائب مع الغير دون أن يعلم الغير بعزل النائب أو بموت الأصيل .

و (النص الثانى) ورد فى عقد الوكالة ، إذ تنص المادة ٧٠٣ على ما يأتى : « ١ ـ الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة . ٢ ـ على أن له أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة » .

٨٩ — إقرار الأصيل لهذه المجاوزة : فإذا جاوز النائب حدود النيابة ولم ينتج العمل الذى قام به أثره فى حق الأصيل فى إحدى الصور المتقدمة الذكر ، ولم يكن من المستطاع اعتبار النائب فضولياً لعدم توافر شروط الفضالة ، اعتبر الأصيل أجنبياً عن هذا العمل . ورجع الغير على النائب بالتعويض إذا كان له محل .

ولكن قد يقر الأصيل العمل المجاوز لحدود النيابة ، فيصبح كأنه قد تم فى حدودها ، ويتقيد به الأصيل والغير من وقت التعاقد لا من وقت الإقرار [١] .

الشرط الثالث — تعامل النائب باسم الأصيل :

٩٠ — الاسم المستعار أو المسخر (prête-nom) : ولا يكفى أن يكون النائب معبراً عن إرادته فى حدود النيابة ، بل يجب أيضاً أن يكون تعامله مع الغير باسم الأصيل . فلو تعامل الوكيل باسمه لما كانت هناك نيابة ، وتكون الوكالة مقصورة على علاقة الوكيل

= ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٨ (مطابق) — الليبى م ١٠٧ (مطابق) — العراقى لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

(١) فلو كان النائب وكيلا وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلا بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة فى هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل — بناء على إرادته — نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هى معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل .

بالموكل ، وهذا هو ما يعرف بالإسم المستعار أو المسخر . ومن ثم يضاف أثر العقد إلى الوكيل دائناً أو مديناً ولا يضاف إلى الموكل . ويرجع الموكل على الوكيل بمقتضى عقد الوكالة الذى تم بينهما .

ومع ذلك يضاف أثر العقد إلى الأصيل فى حالتين : (١) إذا كان من المفروض حتما أن الغير يعلم بوجود النيابة . (٢) أو كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب وقد اشتملت المادة ١٠٦ من القانون المدنى الجديد على هذه الأحكام . فنصت على ما يأتى : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل ، دائناً أو مديناً ، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب »[1] .

٩١ — التعاقد باسم الأصيل : فيجب إذن وقت أن يتعاقد النائب مع الغير أن

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا لم يعلن العاقد وقت تمام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً ، فلا ينصرف أثر العقد مباشرة إلى الأصيل ، دائناً أو مديناً ، إلا إذا كان يستفاد من الظروف أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب » . فأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ١٠٩ من المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٩ — وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ ، استعيض عن عبارة « إلا إذا كان يستفاد من الظروف » بعبارة « إلا إذا كان من المفروض حتما » ، وأصبح رقم المادة ١٠٦ — ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٨ — ص ١٠١) .

ويقابل النص فى التقنيات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٧ (مطابق) — الليبى م ١٠٦ (مطابق) — العراقى لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

وانظر أيضاً المادة ٣٢ فقرة ٢ و ٣ من قانون الالتزامات السويسرى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد استحدث المشروع باقتباس هذا النص من تقنين الالتزامات السويسرى حكماً هاماً يطابق أحكام الشريعة الإسلامية . اما القواعد الخاصة بالاسم المستعار أو التسخير ، وهى التى تقضى بانصراف آثار العقد إلى النائب أو المسخر ، فلا تطبق إلا إذا كان من يتعامل مع هذا النائب يجهل وجود النيابة ، أو كان لا يستوى عنده التعامل معه أو مع من فوضه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٦) .

هذا ويلاحظ أن الفضولى ، وهو نائب نيابة قانونية عن رب العمل كما قدمنا ، إذا عمل باسمه لا باسم رب العمل ، فإن الأثر ينصرف إليه هو لا إلى رب العمل ، تطبيقاً للمبدأ المتقدم الذكر .

يتعامل باسم الأصيل ولحسابه . وهذه النية قد يفصح عنها ، أو قد تفهم ضمناً من الظروف كما إذا باع مستخدم بضاعة مخدومه فى محل هذا المخدوم ، وكالخادم يتعاقد عن سيده ، وكقبطان السفينة يتعاقد عن صاحبها .

والتعاقد باسم الأصيل يجب أن يتحقق أيضاً عند الغير الذى يتعاقد مع النائب . فإذا كان النائب يعمل باسم الأصيل ، ولكن الغير يتعامل معه فى شخصه ، فالنيابة لا تقوم ، والعقد لا يتم ، لا مع شخص النائب لأنه لا يتعامل لنفسه ، ولا مع الأصيل لأن الغير لا يقصد التعامل معه . ولكن إذا كان النائب يعمل باسمه والغير يتعامل باسم الأصيل ، أضيف العقد إلى الأصيل فى الحالتين اللتين نصت عليهما المادة ١٠٦ ، وقد تقدم ذكرهما .

(ب) آثار النيابة

٩٢ — **العلاقة فيما بين النائب والغير** : النائب يعمل باسم الأصيل كما قدمنا ، فأثر العقد لا يلحقه هو بل يلحق الأصيل . ويترتب على ذلك أن النائب لا يستطيع أن يطالب الغير بحق من الحقوق التى أنشأها العقد ، إلا إذا ثبتت له النيابة فى تنفيذ العقد كما ثبتت له فى إبرامه . كذلك لا يقوم فى ذمة النائب التزام بالعقد . ولكن إذا كان النائب لا يلتزم بالعقد ، فإن هذا لا يمنع من أن يلتزم بخطئه ، حتى إذا قصر فى أداء مهمته صار مسئولا عن هذا التقصير ، إما نحو الغير الذى تعاقد معه ، وإما نحو الأصيل نفسه ، وإما نحو الاثنين معاً .

٩٣ — **العلاقة فيما بين النائب والأصيل** : يحدد هذه العلاقة المصدر الذى أنشأ النيابة : الوكالة أو القانون .

٩٤ — **العلاقة فيما بين الأصيل والغير** : تتولد علاقة مباشرة فيما بين الأصيل والغير ويختفى شخص النائب من بينهما . فهما المتعاقدان ، وهما اللذان ينصرف إليهما أثر العقد . وهذه هى الخطوة التى وقف دونها القانون الرومانى . وهى الخصيصة المميزة للنيابة فى القوانين الحديثة ، انتهى إليها منطق النيابة فى تطورها ، وقضت بها النصوص الصريحة

فقد نصت المادة ١٠٥ من القانون المدنى الجديد على أنه « إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل »[1] .

فيكسب الأصيل الحقوق التى تولدت له من العقد ، ويطالب الغير بها دون وساطة النائب .

كذلك يكسب الغير الحقوق التى تولدت له من العقد ، ويرجع بها مباشرة على الأصيل .

(ج) تعاقد الشخص مع نفسه*

٩٥ — **نظرة عامة** : متى سلمنا أنه يجوز حلول إرادة محل أخرى بطريق النيابة ،

---

(١) تاريخ النص : ورد هـذا النص فى المـادة ١٥٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا أبرم النائب عقـدا فى حدود نيابته وباسم الأصيل ، فإن ما ينشأ عن هذا العقـد من حقوق والتزامات ينصرف إلى الأصيل مباشرة . ٢ — ولمن يتعاقد مع النائب أن يطلب منه إثبات نيابته ، فإذا كانت النيابة ثابتة بعقد مكتوب ، فله أن يحصل منه على صورة مطابقة للأصل تحمل توقيعه » . فأقرت لجنة المراجعة المادة بعد تعديلات لفظية ، وأصبح رقمها ١٠٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٨ . ولما عرضت على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وافقت اللجنة على الفقرة الأولى ، أما الفقرة الثانية فقد قررت حذفها للأسباب التى تقدم ذكرها ، وأصبح رقم المادة ١٠٥ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ — ص ٩٧) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٦ (مطابق) — الليبى م ١٠٥ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

وانظر أيضاً المادة ٣٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد فعلى النقيض من ذلك ينبغى أن يرجع إلى الشخص الأصيل وحده عند تعيين مصير آثاره . فالأصيل دون النائب هو الذى يعتبر طرفاً فى التعاقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم فى شأن النيابة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٩٥ — ص ٩٦) .

* بعض المراجع : بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ — فقرة ٧٤ — ديموج ١ فقرة ٤٠ — فقرة ٨٨ — جوجيه فى تعاقد الشخص مع نفسه ، رسالة من كان سنة ١٩٣٠ — موريل فى الوكيل =

أمكن أن نسلم أن شخصاً واحداً يكون نائباً عن غيره وأصيلا عن نفسه ، أو أن يكون نائباً عن كل من المتعاقدين ، فيجمع فى الحالتين طرفى العقد فى شخصه . ولا يكون ثمة إلا إرادة واحدة هى إرادة ذلك الشخص وقد حلت محل إرادتين[1] .

وقد اختلفت الشرائع فى موقفها من هذه المسألة . فمنها مايحرم فى الأصل تعاقد الشخص مع نفسه ، كالقانون الألمانى والمشروع الفرنسى الإيطالى والشريعة الإسلامية والشريعة الإنجليزية والقانون الفرنسى والقانون المصرى القديم . ولـكن لا توجد شريعة أطلقت التحريم أو الإباحة . فالشرائع التى حرمت تعاقد الشخص مع نفسه أباحته فى فروض معينة ، والشرائع التى أباحته حرمته فى ظروف استثنتها ، وكان من شأن التوسع فى الاستثناء عند الفريقين ، خضوعاً لمقتضيات الحياة العملية ، أن تقربت الشرائع التى تحرم ، من الشرائع التى تبيح .

٩٦ — تعاقد الشخص مع نفسه فى التقنين القديم : لم يرد فى التقنين القديم نص عام يحرم تعاقد الشخص مع نفسه أو يبيحه . فنزع الفقه إلى الاجتهاد ، وميز بين أن يكون

= بالعمولة كطرف آخر فى العقد ، رسالة من ليل سنة ١٩٠٤ — فاليمارسكو فى تعاقد الشخص مع نفسه (مقال فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٢٢٦ وما بعدها) — الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألمانى م ١٨١ ص ٢٣٩ — ص ٢٤٢ — فيقورونو فى العقد و المشروع الفرنسى الإيطالى وفى القانون المقارن ص ٥٠٤ — ص ٥٢٤ — نظرية العقد للمؤلف ص ٢٢٦ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٢٢ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٩٧ وما بعدها .

(١) ومن هنا حرمت بعض الشرائع تعاقد الشخص مع نفسه لأن نظرية النيابة تقضى بأن النائب إنما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل . فاجتماع طرفى العقد فى شخص واحد ، سواء كان نائباً عن كل منهما أو نائباً عن أحدهما وأصيلا عن نفسه ، يجعلنا من الوجهة الواقعية ومن الوجهة القانونية معاً أمام إرادة واحدة لا إرادتين . ومعروف أن العقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين .

أما أنصار الإباحة فنقسمون إلى فريقين : فريق يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه هو عقد حقيقى توافق فيه القبول مع الإيجاب ، ولـكن شخصاً واحداً هو الذى عبر عن كل من الإيجاب والقبول طبقاً لمنطق نظرية النيابة (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٨ ص ٨٨) . وفريق آخر يرى أن تعاقد الشخص مع نفسه لا ينطوى إلا على إرادة منفردة جعلها القانون تنتج أثراً (ديموج ١ فقرة ٤٢ — فقرة ٤٣) ، ونحن نميل إلى ترجيح هذا الرأى الثانى . (أنظر رأياً آخر للدكتور حلمى بهجت بدوى يتمشى مع رأيه الذى سبقت الإشارة إليه من اشتراك إرادة الأصيل وإرادة النائب فى إمضاء العقد إذا كانت النيابة اتفاقية ومن جعل أثر العقد حكماً من أحكام القانون إذا كانت النيابة قانونية فى مؤلفه « أصول الالتزامات » ص ١٢٤ — ص ١٢٥) .

الشخص الذى يتعاقد مع نفسه ينوب عن أحد طرفى العقد ويتقدم أصيلا عن نفسه وأن يكون نائباً عن الطرفين . ذلك أنه جعل العبرة فى منع هذا التعاقد أو إباحته وجود خطر يهدد مصلحة الأصيل أو انعدام هذا الخطر ، فيمنع التعاقد عند تحقق الخطر ويباح عند انتفائه . ومن هنا جاء التمييز بين شخص يتعاقد مع نفسه لنفسه وآخر يتعاقد مع نفسه لغيره . فالخطر متحقق فى الحالة الأولى بالنسبة إلى بعض العقود ذات الأهمية كالبيع ونحوه فتمتنع مباشرة هذه العقود ، أما بالنسبة إلى العقود الأخرى فتجوز مباشرتها . ولا يتحقق الخطر فى الحالة الثانية إلا فى بعض عقود استثنائية كالصلح ، فيباح تعاقد الشخص مع نفسه إلا فى هذه الحالات الاستثنائية[1] .

٩٧ — تعاقد الشخص مع نفسه فى التقنين الجديد : أما التقنين الجديد فقد أوردنصاً عاماً يحرم تعاقد الشخص مع نفسه إلا بعض الحالات . إذ قضت المادة ١٠٨ بأنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة »[2] .

---

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٢٣١ — ص ٢٣٦ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦١ من المشروع التمهيدى مع اختلاف لفظى بسيط . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية جعلته مماثلا لنص المادة ١٠٨ ، وقدمته تحت رقم ١١١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١١١ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عن الجزاء على مخالفة نص هذه المادة ، فأجيب بأنه لا يترتب على المخالفة البطلان وإنما لا يحتج بالعقد على الأصيل . وتساءل عضو آخر هل الترخيص السابق يغنى عن الإجازة اللاحقة ، فكان الجواب بالإيجاب . واعترض على تحريم تعاقد الشخص مع نفسه بأن هذا يخالف القاعدة التقليدية ، فأجيب على هذا الاعتراض بأن القانون يشترط لتمام العقد تقابل إرادتين ، ولا ينطوى تعاقد الشخص مع نفسه إلا على إرادة واحدة ، فإما أن يكون الشخص وكيلا عن اثنين فيكون هناك تضارب فى المصالح ، وإما أن يكون الشخص أصيلا عن نفسه ووكيلا عن غيره فيكون التضارب أكبر ، لذلك نص على عدم إمكان تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه . وقد وافقت اللجنة على بقاء المادة كما هى تحت رقم ١٠٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥ — ص ١٠٨) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٩ (مطابق) — الليبى ١٠٨ (مطابق) — العراقى لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

واانظر فى هذه المسألة المادة ٣٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى .

فالأصل إذن أن تعاقد الشخص مع نفسه لايجوز ، سواء فى ذلك تعاقد الشخص لحساب نفسه كما إذا كان موكلا فى بيع مال فاشتراه لنفسه[١] ، أو تعاقد لحساب غيره وهو نائب عن طرفى العقد كما لو كان موكلا فى بيع مال فاشتراه لشخص وكله فى الشراء . ذلك أنه يتحكم بإرادته وحده فى مصلحتين متعارضتين ، وهذا التعارض فى الحالة الثانية لم يحسب حسابه أحد من الأصيلين ، وهو فى الحالة الأولى تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ، فلا تتيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصيل فى كلتا الحالتين[٢] .

وهناك رأى يذهب إلى أن تعاقد الشخص مع نفسه فى التقنين الجديد قابل للابطال لمصلحة الأصيل ولذلك ترد عليه الإجازة ، وقد تقرر هذا بمقتضى نص خاص . وقد كنا من القائلين بهذا الرأى وقررناه فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[٣] . ولكن تبينا بعد التأمل أن تحريم تعاقد الشخص مع نفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هى أن الشخص إذا أناب عنه غيره فى التعاقد فهو لا يقصد التوسع فى هذه الإنابة إلى حد أن يبيح

---

(١) وهذا التطبيق الخاص وردت فيه نصوص صريحة فى القانون الجديد . فقد نصت المادة ٤٧٩ على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه فى قوانين أخرى » . ونصت المادة ٤٨٠ على أنه « لا يجوز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار » . (ويلاحظ هنا أن السمسار والخبير أنزلا منزلة النائب لاتحاد العلة) وجاء فى المادة ٤٨١ : « يصح العقد فى الأحوال المنصوص عليها فى المادتين السابقتين إذا أجازه من تم البيع لحسابه » .

(٢) [استئناف القاهرة ٣٠ مارس سنة ١٩٥٨ المجموعة الرسمية ٥٧ ص ٢٦٤] . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتصور أن يتعاقد الشخص مع نفسه فى حالتين : فقد يكون الشخص طرفاً فى التعاقد لحساب نفسه من ناحية ، ومتعاقداً بالنيابة عن الطرف الآخر من ناحية أخرى ، وبذلك يتحقق التعارض بين مصالحه الشخصية ومصالح الأصيل . وقد يتعاقد الشخص بصفته نائباً عن الطرفين فى آن واحد ، وفى هذه الحالة يكون عمله أقرب إلى معنى التحكيم منه إلى معنى النيابة » . وغنى عن البيان أن مصلحة الأصيل لا تتيسر لها ضمانات الحماية الواجبة فى كلتا الحالتين (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٥ — ص ١٩٦) .

(٣) وقد جاء فى هذه المذكرة ما يأتى : « ولهذه العلة اعتبر تعاقد الشخص مع نفسه قابلا للبطلان لمصلحة الأصيل ... ومن الواضح أن البطلان المقرر فى هذا الشأن قد أنشىء بمقتضى نص خاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

للنائب أن يتعاقد مع نفسه ، أصيلا أو نائباً عن شخص آخر ، لما ينجم عن هذا الموقف من تعارض فى المصالح . فإذا ما تعاقد النائب مع نفسه بالرغم من ذلك كان مجاوزاً لحدود النيابة ، ويكون شأنه شأن كل وكيل جاوز حدود نيابته ، فلا يكون عمله نافذاً فى حق الأصيل إلا إذا أجازه . وهذا ما يقضى به صراحة نص المادة ١٠٨ .

على أن هذه القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز للأصيل أن ينقضها وأن يرخص مقدماً للنائب فى التعاقد مع نفسه . وفى هذه الحالة يعمل النائب فى حدود نيابته إذا تعاقد مع نفسه ، ويكون عمله نافذاً فى حق الأصيل . وهذا ما صرحت به أيضاً المادة ١٠٨ سالفة الذكر .

وتنقض هذه القرينة القانونية كذلك إذا وجد نص فى القانون أو قضت قواعد التجارة بجواز تعاقد الشخص مع نفسه . مثل النص القانونى ما قضى به قانون الولاية على المال فى المادة ١٤ منه من أن للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر ، سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك .

ومثل ما تقضى به قواعد التجارة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجارى[١] .

ويستخلص مما قدمناه أن الجزاء فى تعاقد الشخص مع نفسه لا يلتمس فى نظرية البطلان ، بل فى نظرية مجاوزة النائب لحدود نيابته .

المطلب الثانى

توافق الإرادتين

٩٨ — التمييز بين حالتين : لم يعرض التقنين القديم بنص إلى هذا الموضوع الذى

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويجوز أن تقضى بعض نصوص التشريع أو بعض قواعد التجارة بصحة تعاقد الشخص مع نفسه . فمن ذلك إباحة تعامل الولى مع ولده وفقاً لأحكام الشريعة الاسلامية ، وإباحة تعامل الوكيل بالعمولة باسم طرفى التعاقد وفقاً لقواعد القانون التجارى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦) .

يعد من أدق موضوعات العقد ، بل ترك الأمر فيه للفقه والقضاء . وهذا بخلاف التقنينات الحديثة كالتقنين الألمانى وتقنين الالتزامات السويسرى والمشروع الفرنسى الإيطالى ، فقد ورد فيها نصوص على جانب عظيم من الأهمية ، نسج على منوالها التقنين الجديد ، وهى تبين كيف يصدر الإيجاب ومتى يكون ملزماً ، وإلى أى وقت ، وكيف يقترن به القبول ، سواء أكان المتعاقدان حاضرين مجلس العقد أم كانا غير موجودين فى مجلس واحد.

ونستعرض كلا من هاتين الحالتين : (١) حالة ما إذا ضم المتعاقدين مجلس واحد (٢) وحالة التعاقد فيما بين الغائبين .

§ ١ — المتعاقدان فى مجلس واحد

٩٩ — الإيجاب والقبول: تقدم أنه لابد لتمام العقد من صدور إيجاب من أى من المتعاقدين ؛ يعقبه قبول مطابق له من المتعاقد الآخر . فنتكلم فى مسائل ثلاث : (أولا) صدور الإيجاب (ثانياً) اقترانه بالقبول (ثالثاً) حالات خاصة فى القبول .

(ا) صدور الإيجاب

المراحل التى يمر بها الإيجاب :

١٠٠ — المفاوضات : من يصدر منه الإيجاب لا يستقر به الرأى فى العادة على أن يصدر إيجاباً باتاً إلا بعد مفاوضات[1] قد تطول . ويعتبر من قبيل المفاوضات أن يعرض شخص التعاقد دون أن يحدد أركانه . كأن يضع إعلاناً ينبىء أنه يعرض منزلا للبيع أو أو للايجار دون أن يذكر الثمن أو الأجرة . وإذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار ، فلا يعد إيجاباً بل تفاوضاً أن يعرض شخص التعاقد حتى لو بين أركان العقد ، أما إذا لم يكن

---

(١) هناك عقود تتم عادة دون مفاوضات تسبقها ، منها : العقود المألوفة فى الحياة اليومية كمن يأكل فى مطعم أو ينزل فى فندق أو يشترى صحيفة ، والعقود التى تبرم دون سابق مفاوضات فى الحياة التجارية وهى تقتضى السرعة فى البت والتعامل ، وعقود الإذعان وهى تتميز بإيجاب بات فى بادىء الأمر يعقبه إذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لابد منه على ما سنرى .

هناك اعتبار لشخصية المتعاقد عد هذا إيجاباً . وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص (م ١٣٤) يقضى بأن عرض البضائع مع بيان ثمنها يعتبر إيجاباً ، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض[1] . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعد إيجاباً باتاً ، بل يكون من قبيل المفاوضات ، أن يعرض شخص على آخر القيام بعمل دون أن يتضمن العرض الشروط والتفاصيل اللازمة[2] .

والقانون لا يرتب فى الأصل على هذه المفاوضات أثراً قانونياً ، فكل متفاوض حر فى قطع المفاوضة فى الوقت الذى يريد . ولامسئولية على من عدل ، بل هو لايكلف إثبات أنه قد عدل لسبب جدى وليست المفاوضات إلا عملا مادياً لا يلزم أحداً . لذلك لا يعد السمسار نائباً لأنه إنما يمهد للمفاوضات وهى عمل مادى لاعمل قانونى .

على أن العدول عن المفاوضات قد يرتب مسئولية على من قطعها إذا اقترن العدول بخطأ منه . ولكن المسئولية هنا ليست مسئولية تعاقدية مبنية على العدول بل هى مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ[3] . والمكلف بإثبات الخطأ هو الطرف الآخر الذى أصابه ضرر من العدول ، فإذا أثبت مثلا أن من قطع المفاوضات لم يكن جاداً عند الدخول فيها ، أو كان جاداً ولكن لم يخطره بالعدول فى الوقت المناسب ، وانبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة ، كان له الحق فى المطالبة بتعويض .

١٠١ — **الإيجاب المعلق** : وقد تنتهى المفاوضات إلى إيجاب معلق ، كأن يعرض شخص التعاقد بثمن معين مع الاحتفاظ بتعديل هذا الثمن طبقاً لتغير الأسعار ، فيكون

---

(١) وقد سبقت الإشارة إلى هذا النص عند الكلام فى التعبير الصريح والتعبير الضمنى (أنظر فقرة ٧٦) ، وبينا هناك أن هذا النص قد حذف فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه .

(٢) ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ — أنظر أيضاً حكماً آخر فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤ . [نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٦ ص ٢٠٣] .

(٣) [عبد الحى حجازى مصادر الالتزام ص ٤٧٦ والمراجع التى أشار إليها] .

الإيجاب الذى صدر منه بالثمن الذى عينه معلقاً على شرط عدم تغير الأسعار ، أو أن يعرض شخص على الجمهور شيئاً ذا كمية محدودة يعين ثمنه فيتم العقد مع من قبل أولا وتراعى الأسبقية فى القبول حتى ينفد الشىء . ومن هذا يتبين أن الإيجاب المعلق هو إيجاب لا مفاوضة ، ولكنه إيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذى علق عليه[١] .

١٠٢ — الإيجاب البات : فإذا خرج الإيجاب من دور المفاوضة ومن دور التعليق أصبح إيجاباً باتاً . وتقرير ما إذا كان الإيجاب قد وصل إلى هذا الدور النهائى هو من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، فيفصل فيه قاضى الموضوع طبقاً لظروف كل قضية ولا معقب على حكمه[٢] .

القوة الملزمة للإيجاب :

١٠٣ — فى التقنين القديم : لم يرد فى التقنين القديم نص يبين ما إذا كان الموجب يبقى ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة الكافية لاقتران القبول بالإيجاب . فكان القضاء يذهب إلى أن للموجب أن يعدل عن إيجابه ما دام الإيجاب لم يقترن بالقبول[٣] . ولكنه مع ذلك ذهب إلى أن الإيجاب المقرون بأجل يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه طول هذا الأجل سواء حدد الأجل صراحة أو ضمناً ، وبنى هذا لا على أساس الإرادة المنفردة بل على أساس أن هناك عقداً تم بين الموجب والموجب له يلزم الأول بألا يعدل عن إيجابه المدة المحددة ، وقد تم هذا العقد بقبول ضمنى من الموجب له أو بسكوته لأن هذا الأجل فى مصلحته[٤] . وذهب القضاء أيضاً إلى أن عدول الموجب عن إيجابه فى وقت غير مناسب

---

(١) [نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٢ ص ١٨٦] .

(٢) [عبد الحى حجازى مصادر الالتزام ص ٤٧٥] .

(٣) استئناف مختلط فى ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ — وفى ٩ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢ — وفى ٨ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٥٦ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ — وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٣ — وفى ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٣٢ — وفى ١٣ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٨ .

(٤) استئناف مختلط فى ٢١ مايو سنة ١٨٧٩ بوريللى بك م ٣٠١ فقرة ٥ — وفى ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ — وفى ٢٣ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٢ .

قد يجعل للموجب له حقاً فى التعويض على أساس المسئولية التقصيرية[1] .

أما الفقه فكان يقول أيضاً مع القضاء بأن الإيجاب يلزم مدة الأجل ، ولكنه كان يتقلب فى تفسير هذه القوة الملزمة بين هذه النظريات الثلاث : نظرية الإرادة المنفردة ، ونظرية العقد الضمنى ، ونظرية المسئولية التقصيرية[2] .

١٠٤ — **فى التقنين الجديد** : وأتى التقنين الجديد فأقر الوضع على أساس نص تشريعى . فقضت المادة ٩٣ بما يأتى : « ١ — إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ — وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة »[3] . فالإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب طبقاً لنص التقنين الجديد . ولم نعد بعد هذا النص فى حاجة إلى البحث عن الأساس الذى تقوم عليه هذه

---

(١) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ١٣ رقم ١٧ .

(٢) أنظر كتاب « نظرية العقد » للمؤلف ص ٢٤٤ — ص ٢٤٦ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا حدد ميعاد للقبول التزم الموجب بإيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ — وقد يستخلص الميعاد ضمناً من الظروف أو من طبيعة التعامل » . وفى لجنة المراجعة اقترح أن يكون التزام الموجب لا بإيجابه بل بالبقاء على إيجابه ، فإن هذا أدق فى الدلالة على المعنى المقصود ، فوافقت اللجنة على ذلك ، كما أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ٩٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٥ . ووافقت عليها كذلك لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦ — ص ٣٨) .

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يسبق هذا النص جاء فيه ما يأتى : « كل من صدر منه إيجاب يلتزم بإيجابه ما لم يصرح بأنه غير ملزم أو ما لم يتبين من الظروف أو من طبيعة التعامل أنه لم يقصد أن يلتزم بإيجابه » (م ١٢٩ من المشروع التمهيدى) . وحذف هذا النص فى المشروع النهائى اكتفاء بالنص الذى استبقى فى حالة الإيجاب المقترن بأجل ، إذ أن هذه الحالة هى وحدها التى تظهر فيها الفائدة العملية من القول بالصفة الملزمة للإيجاب . أما إذا لم يقترن الإيجاب بأجل ، فيمكن القول بأنه لو كان النص المحذوف قد استبقى لأفاد أن الموجب يبقى فى هذه الحالة ملزماً بالبقاء على إيجابه المدة المعقولة ، وحذف النص جعله غير ملزم . ولكن الفائدة العملية من هذا القول تكاد تكون معدومة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٤ (مطابق) — الليبى م ٩٣ (مطابق) — العراق م ٨٤ (موافق) — اللبنانى م ١٧٩ (موافق) .

القوة الملزمة ، فالنص صريح فى أن الإيجاب وحده هو الملزم ، أى أن الإلزام يقوم على الإرادة المنفردة طبقاً لنص القانون ، وهذه هى إحدى الحالات التى نص التقنين الجديد على أن الإرادة المنفردة تكون فيها مصدراً للالتزام .

ويكون تحديد الميعاد الذى يبقى فيه الإيجاب ملزماً صريحاً فى الغالب . ولكن يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً من ظروف التعامل أو من طبيعته . فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ، فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى[1] . وإذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاد للقبول ، فإن الموجب يبقى ملتزماً إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد ، وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر[2] . فهنا أيضاً يوجد ميعاد ضمنى ، إذ قضت طبيعة المعاملة ، والإيجاب قد صدر لغائب ، أن يتربص الموجب مستبقياً إيجابه إلى أن ينقضى الميعاد الذى يتسع عادة لوصول القبول إليه فيما لو كان الموجب له قد أرسل هذا القبول دون إبطاء لا تبرره الظروف ومع افتراض أن الإيجاب قد وصل فى الميعاد المقدر لوصوله[3] .

ويبقى الموجب ملتزماً بالبقاء على إيجابه المدة التى حددها[4] ، ما لم يكن إيجابه

(١) هذه العبارات مأخوذة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧) .

(٢) وقد كانت المادة ١٣٢ من المشروع التمهيدى تجرى على هذا الوجه ، وحذفت فى المشروع النهائى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠) . ويلاحظ أننا انتقلنا فى هذا الفرض من تعاقد يصدر الإيجاب فيه لحاضر فى مجلس العقد إلى تعاقد يصدر الإيجاب فيه لغائب .

(٣) أنظر فى مثل ثالث لتحديد ميعاد للقبول تحديداً ضمنياً محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٠ .

هذا وتقديم عطاء فى مناقصة متى وصل إلى علم من وجه إليه العطاء — والعلم هنا يقع على تقديم العطاء فى ذاته ولا يشمل مضمون العطاء لأن هذا يكون سرياً كما تقضى بذلك طبيعة المعاملة — يكون ملزماً لا يجوز الرجوع فيه حتى قبل فض المظاريف ، لأن الايجاب قد اقترن بأجل ضمنى هو الميعاد الذى حدد لإرساء العطاء .

(٤) [ويفهم من ذلك أنه لا يعتد بعدوله ، بل ينعقد العقد بالرغم من هذا العدول متى تم القبول ، (عبد الحى حجازى ص ٤٦٠ — ص ٤٦١)] .

قد سقط برفض الطرف الآخر له قبل انقضاء هـذه المدة كما سـيأتى .

أما إذا لم يحدد الموجب أية مدة للقبول ، فإن إيجابه يبقى قائماً ، ولـكنه لا يكون ملزماً ، بل يجوز له الرجوع فيه أى وقت شاء ما دام أنه لم يقترن بالقبول .

ومن ثم نتبين أن الإيجاب قد يكون قائماً ملزماً ، وقد يكون قائماً غير ملزم ، فالقيام غير الإلزام ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

سقوط الإيجاب :

١٠٥ — الإيجاب القائم الملزم : فإذا كان الإيجاب قائماً ملزماً فإنه يسقط فى حالتين :

(الحالة الأولى) هى أن يرفض الموجب له الإيجاب ، فيسقط حتى لو لم تنقض المدة التى يكون فيها ملزما ، ويتخذ رفض الإيجاب صوراً مختلفة ، فهو تارة يكون رفضاً محضاً وطوراً يكون قبولا يتضمن تعديلا فى الإيجاب (م ٩٦ وسيأتى ذكرها) ، وثالثة يكون إيجاباً جديداً يعارض الإيجاب الأول .

(الحالة الثانية) هى أن تنقضى المدة التى يكون فيها الإيجاب ملزما ، فيسقط ، وينتهى الإلزام والقيام فى وقت واحد . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه فى خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد ، سواء فى ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصل القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب ، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا فى خلال المدة المحددة ما دام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ولو أنه يصبح غير لازم ، ولـكن مثل هذا الفرض يصعب التسليم به مع ما يغلب فى حقيقة نية الموجب . ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب عند انقضاء الميعاد يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد . وهذا هو الرأى الذى أخذ به المشروع فى نص لاحق.

وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يتميز فى كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منفردة والثانى اتفاق إرادتين »[١] .

١٠٦ — الإيجاب القائم غير الملزم : وإذا كان الإيجاب قائماً غير ملزم — وهذا لا يكون إلا فى التعاقد ما بين حاضرين فى مجلس العقد — فإنه يسقط أيضاً فى حالتين :

(الحالة الأولى) إذا عدل عنه الموجب قبل انفضاض مجلس العقد .

(الحالة الثانية) إذا انفض مجلس العقد ولو لم يعدل عنه الموجب .

وسنرى تفصيل كل ذلك عند الكلام فى مجلس العقد (أنظر م ٩٤)[٢] .

١٠٧ — القبول بعد سقوط الإيجاب ايجاب جديد : وإذا سقط الإيجاب على النحو الذى قررناه فيما تقدم ، فكل قبول يأتى بعد ذلك يكون متأخراً ، ولا يعتد به على اعتبار أنه قبول لإيجاب سابق . ولكن يصح كما رأينا أن يكون هذا القبول المتأخر إيجاباً جديداً موجهاً لمن صدر منه الإيجاب الأول الذى سقط ، فإذا قبله هذا تم العقد .

نرى ذلك فى حالة ما إذا رفض الإيجاب بقبول يتضمن تعديلا فى الإيجاب أو بإيجاب جديد يعارض الإيجاب الأول : ونرى ذلك كما قدمنا فى حالة ما إذا صدر قبول بعد انقضاء المدة التى يكون فيها الإيجاب ملزما[٣] . ونرى ذلك أيضا فى حالة ما إذا صدر قبول

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣ ص ٦٢ .

(٢) كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يعدد الحالات التى يسقط فيها الإيجاب ، فكانت المادة ١٣٣ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « يسقط الإيجاب : ١) إذا انقضت صفته الملزمة قبل أى قبول ٢) إذا رفضه من وجه إليه . ٣) إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد عارضه بإيجاب آخر » ، ولما عرضت هذه المادة على لجنة المراجعة قررت حذفها لأنها تشتمل على تعداد يحسن تركه للفقه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠ — ص ٤١ فى الهامش) .

(٣) أنظر فى حالة وصول القبول متأخراً ، سواء لأنه صدر بحيث يصل فى الميعاد ولكنه وصل متأخراً بالفعل أو صدر بحيث لا يمكن أن يصل فى الميعاد ، نظرية العقد للمؤلف ص٢٥٣ حاشية رقم١و٢.

هذا وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « يعتبر القبول بعد الميعاد بمثابة إيجاب جديد . ومع ذلك إذا كان القبول قد أرسل فى الوقت المناسب ، ولكنه=

بعد عدول الموجب عن إيجابه . ونرى ذلك أخيراً فى حالة ما إذا صدر قبول بعد انفضاض مجلس العقد . ففى هذه الحالات الأربع — وهى الحالات التى رأينا أن الإيجاب يسقط فيها — إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب فلا يعتد به قبولا ، ولكنه يعدل إيجاباً جديداً .

(ب) اقتران الإيجاب بالقبول

١٠٨ — الميعاد الذى يصح فيه القبول – مدة قيام الإيجاب : يصح القبول ما دام الإيجاب قائماً . وقد عددنا فيما تقدم الحالات التى يسقط فيها الإيجاب . ونستخلص منها أن الإيجاب المقترن بأجل للقبول صريح أو ضمنى يبقى قائماً طول مدة الأجل ، سواء كان التعاقد بين حاضرين أو غائبين . فيجوز فى أى وقت فى خلال الأجل أن يصدر القبول فيقترن به الإيجاب .

أما إذا كان التعاقد بين حاضرين فى مجلس واحد ، ولم يقترن الإيجاب بأجل للقبول ، فإن الإيجاب يبقى قائماً — ويجوز أن يقترن بالقبول — ما دام مجلس العقد لم ينفض[1] . فإذا انفض سقط الإيجاب وامتنع القبول .

١٠٩ — مجلس العقد : يبقى الآن أن نبين ما هو المقصود بمجلس العقد . جاء هذا التعبير فى المادة ٩٤ من القانون المدنى الجديد ، وهذا نصها :

= وصل إلى الموجب بعد الميعاد ، وكان الموجب ينوى ألا يرتبط بهذا القبول ، وجب عليه ، إن علم أن القبول رغم تأخره فى الوصول قد أرسل فى الوقت المناسب ، أن يخطر الطرف الآخر فوراً بتأخر القبول ، فإذا تهاون فى الإخطار اعتبر القبول غير متأخر » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا النص ما يأتى : « ويجب التفريق بين القبول الذى يرسل بعد انقضاء الميعاد المحدد له وبين القبول الذى يرسل فى الوقت المناسب ولكن يتأخر وصوله إلى الموجب . فالقبول الثانى دون الأول هو الذى يرتب على عاتق الموجب ، إذا انصرفت نيته إلى عدم الارتباط به ، الالتزام بأن يخطر الطرف الآخر فوراً بذلك . فإذا تهاون فى الإخطار وأصبح التأخير بذلك منسوباً إلى خطئه ، فيعتبر أن القبول قد وصل فى الوقت المناسب » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة قررت حذفه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩ — ص ٣١) .

(١) [أنظر مثلا لعدم إقتران القبول بالإيجاب فلا ينعقد العقد حكم محكمة النقض المدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المجموعة الرسمية ٥٢ رقم ٥٩ ص ٨٧] .

« ١ — إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل » .

« ٢ — ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، وإذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد»[1].

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر وجب أن يقبله من فوره . وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب الصادر إلى شخص حاضر . وقد أخذ المشروع فى هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة ، فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه فى الفترة التى تقع بين الإيجاب والقبول . وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية فى اتحاد مجلس العقد »[2] .

ويتبين من هذا أن الموجب له ، إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً (كما فى التعاقد

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد (فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة) . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع أخذ بنظرية مجلس العقد فى الفقه الإسلامى على أن يكون مفهوما أنه لم يرد الإمعان فى وجهة النظر المادية التى نراها عادة فى كتب الفقه . فوافقت اللجنة على النص بعد تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ٩٦ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تساءل أحد الأعضاء عما إذا كان من الممكن الاستغناء عن الفقرة الثانية من المادة فأجيب بالنفى لأن تلك الفقرة تعالج حكم القبول إذا صدر قبل ارفضاض مجلس العقد . وقد وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على المادة تحت رقم ٩٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩ — ص ٤٤) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٥ (مطابق) — الليبى م ٩٤ (مطابق) — العراق م ٨٢ (موافق) — اللبنانى م ١٨٣ (موافق) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢ .

بالتليفون أو بأى طريق مماثل) ، يجب عليه كمبدأ عام أن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب ، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول . وهذا الوضع — وهو مأخوذ من القوانين الحديثة[١] — يقتضى أن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط ، وفى هذا من الضيق والحرج ما لا يخفى . فلطف القانون الجديد من حدة هذا الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية ، وجعل الإيجاب يبقى قائماً ما دام مجلس العقد لم ينفض . ومجلس العقد هو المكان الذى يضم المتعاقدين . وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادى للمكان ، بل الملحوظ هو الوقت الذى يبقى فيه المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل آخر . فإذا اجتمع شخصان فى مجلس واحد ، وأصدر أحدهما إيجاباً للآخر ، فليس من الضرورى أن يكون القبول فوراً ، بل يجوز أن يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك . ويكون قبوله صحيحاً بشرطين : (الشرط الأول) أن يبقى كل من المتعاقدين منشغلا بالتعاقد . فإذا انصرف أى منهما إلى شىء غيره اعتبر مجلس العقد قد انفض ، وسقط الإيجاب . و (الشرط الثانى) أن يبقى الموجب على إيجابه فلا يرجع فيه أثناء المدة التى يبقى فيها مجلس العقد قائماً .

ولا شك فى أن الوضع على هذا الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية قد أصبح وضعاً عملياً معقولا ، ولم تعد الفورية فى القبول لازمة ، بل يجوز فيه التراخى مدة معقولة لا ينشغل فيها التعاقد بغير العقد ويبقى فيها الموجب على إيجابه . وهذا هو فى نظرنا خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامى فى مجلس العقد[٢] .

---

(١) أنظر المادة ٤ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ١٤٧ فقرة ١ من التقنين الألمانى .

(٢) نحن هنا نأخذ بالمذهب الحنفى وهو المذهب الذى قصد التقنين الجديد أن يستمد منه فى هذه المسألة . وقد اختلفت الحنفية مع الشافعية فى ذلك . فالحنفية يرون كما قدمنا جواز القبول ولو تراخى عن الإيجاب ما دام قد صدر فى مجلس العقد . أما الشافعية فيشترطون الفور فى القبول ، فإذا لم يصدر القبول فوراً سقط الإيجاب ولو لم يرجع فيه الموجب . ولكنهم فى الوقت ذاته يقولون بخيار المجلس ، فيجوز للموجب له أن يرجع فى قبوله قبل انفضاض مجلس العقد . ومن ثم أصبح مذهب الشافعى ، بفضل هذه الصياغة الفنية ، معقولا ، وأصبح الفرق بينه وبين المذهب الحنفى محدود المدى من الناحية العملية . فالحنفية =

= يقولون إن الموجب له يستطيع أن يؤخر قبوله إلى ماقبل انفضاض المجلس ، والشافعية يقولون بل يجب أن يقبل فوراً ، ولكنه يستطيع الرجوع فى قبوله إلى ما قبل انفضاض المجلس . أما المذهب المالكى فيشترط الفورية كالمذهب الشافعى ، ويمنع خيار المجلس كالمذهب الحنفى ، وهذا هو مذهب القوانين الحديثة . ولم يختره التقنين الجديد لما ينطوى عليه من ضيق وحرج .

وننقل هنا بعض ما جاء فى البدائع فى هذه المسألة : « وأما الذى يرجع إلى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس ، بأن كان الإيجاب والقبول فى مجلس واحد . فإن اختلف المجلس لا ينعقد ، حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لاينعقد. لأن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر فى المجلس ، لأنه كلما وجد أحدهما انعدم الثانى من زمان وجوده ، فوجد الثانى والأول منعدم فلا ينتظم الركن ، إلا أن اعتبار ذلك يؤدى إلى انسداد باب البيع ، فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكماً ، وجعل المجلس جامعا للشطرين مع تفرقهما للضرورة ، وحق الضرورة يصير مقضياً عند اتحاد المجلس ، فإذا اختلف لا يتوقف . وهذا عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه . وجه قوله ما ذكرنا من أن القياس ألا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وأنها تندفع بالفور . ولنا أن فى ترك اعتبار الفور ضرورة لأن القابل يحتاج إلى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل » (البدائع ٥ ص ١٣٧) .

هذا التحليل الرائع هو الذى نقف عنده . ولا نجارى المذهب الحنفى بعد ذلك فى تصويره لمجلس العقد تصويراً مادياً ضيقاً يخرج به عن مقتضيات الحياة . وهذا بعض ما جاء فى البدائع فى صدد هذا التصوير الضيق : « وعلى هذا إذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو على دابة واحدة فى محمل واحد ، فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد ، وإن كان بينهما فصل وسكوت وإن قل لا ينعقد ، لأن المجلس تبدل بالمشى والسير وإن قل ... ولو تبايعا وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس . ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينعقد ، لأنهما لما سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول ، فلم يجتمع الشطران فى مجلس واحد . . . ولو تبايعا وهما فى سفينة ينعقد ، سواء كانت واقفة أو جارية ، خرج الشطران متصلين أو منفصلين ، بخلاف المشى على الأرض والسير على الدابة ، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه ، ألا ترى أن راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافا إليه فلم يختلف المجلس ، فأشبه البيت . بخلاف المشى والسير أما المشى فظاهر لأنه فعله ، وكذا سير الدابة مضاف إليه ، ألا ترى أنه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت ، فاختلف المجلس بسيرها » (البدائع ٥ ص ١٣٧) .

ونرى من ذلك أن فقهاء الحنفية يشترطون اتحاد المجلس الحقيقى ، ثم يقلبون المسألة على وجوهها المنطقية فيخلص لهم أنه إذا اختلف المجلس بالتنقل الاختيارى (المشى أو السير على الدابة) لا ينعقد البيع ، أما إذا اختلف بالتنقل غير الاختيارى (جريان السفينة) ينعقد . وفى هذا ذهاب بالمنطق إلى أبعد مدى ، وفيه من الحرج فى التعامل ما لا يخفى ، إذ يمتنع على شخصين يمشيان أو يسافران على دابة أو على غيرها من وسائل النقل أن يتعاقدا لاختلاف المجلس ، مع أنه لا يوجد ما يدعو إلى الوقوف عند الاتحاد الحقيقى للمجلس ، فيكفى الاتحاد الحكمى ، وقد أقر فقهاء الحنفية هذا الاتحاد الحكمى فى التنقل غير الاختيارى للضرورة ، والضرورة ذاتها هى التى تقضى علينا أن نكتفى بالاتحاد الحكمى فى التنقل الاختيارى أيضاً. =

١١٠ — *لا تحتم فى القبول* : ومتى قام الإيجاب ولم ينقض الميعاد الذى يصح فيه القبول ، فإن الموجب له يكون بالخيار بين قبول الإيجاب أو رفضه ولا يتحتم عليه أن يقبل ، وإلا قام العقد على الإيجاب وحده .

ومهما يكون من بداهة هذا الحكم ، فإن ظروفاً قد تجعل الموجب له ملزماً بالقبول ويتحقق ذلك إذا كان هو الذى دعا الموجب إلى التعاقد معه . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه « يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ، مالم يكن قد دعا إليه ، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة »[١] .

والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرها على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالتجار فى النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم للطارق ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل فى صناعاتهم . فإذا استجيبت هذه الدعوة إلى التعاقد ، كانت الاستجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع . وقد عللت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا الحكم العادل بما يأتى : «وليس هذا الأثر القانونى إلا نتيجة للحالة التى أنشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق أو التعسف فى استعماله . على أن الإساءة فى هذا الفرض ترد على مجرد رخصة من الرخص ، وهذه خصوصية تسترعى الانتباه . وقد تعمد المشروع إغفال تعيين الجزاء الذى يترتب على

= وقد أراد شارح المجلة الأستاذ سليم باز رفع الحرج فى حالة يكثر وقوعها وهى السفر بالسكة الحديدية ، فذكر فى هذه المسألة ما يأتى : « أما لو تبايعا وهما فى السفينة فانه يصح لكون السفينة كالبيت فلا ينقطع المجلس بجريانها لأنهما لا يملكان إيقافها (طحطاوى عن النهر) ، قلت ومثل السفينة سكة الحديد » (شرح المجلة لسليم باز ص ٨٦) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ — ص ٤٦ .

الرفض التعسفى ، فمثل هذا الرفض يرتب مسئولية لا شك فيها . فيجوز أن يقتصر التعويض على مبلغ من المال إذا كان هذا الجزاء كافياً . ويجوز للقاضى فى بعض الفروض أن يذهب إلى ماهو أبعد ، فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان فى الظروف ما يوجب ذلك »[1] .

١١١ — *كيف يطابق القبول الإيجاب* : وإذا كان الموجب له لا يتحتم عليه القبول على النحو الذى قدمناه ، إلا أنه إذا اختار أن يقبل وجب أن يكون قبوله مطابقاً للإيجاب مطابقة تامة ، وأن يكون متفقاً كل الاتفاق مع الموجب فى جميع المسائل التى تناولها الإيجاب . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذا المعنى رؤى حذفه اكتفاء بتطبيق المبادىء العامة فكانت المادة ١٣٧ من هذا المشروع تنص على أنه « لا يتم العقد ما لم يتفق الطرفان على كل المسائل التى تفاوضا فيها بشأن هذا العقد . أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفى لالتزام الطرفين ، حتى لو أثبت هذا الاتفاق فى ورقة مكتوبة »[2] .

على أنه ليس من الضرورى لإبرام العقد أن يتم الاتفاق على جميع المسائل مسألة مسألة . فقد نصت المادة ٩٥ من القانون الجديد على ما يأتى : « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الهامش . وقد جاء أيضاً فى المذكرة الإيضاحية فى صدد النشرات والإعلانات التى يوجهها التجار إلى الجمهور ما يأتى : « وقد تقدم فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التى يجرى التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر فى الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب . فليس ينصرف حكم النص فى الصورة التى يواجهها إلى الإيجاب النهائى الملزم الذى ينقلب إلى ارتباط تعاقدى متى اقترن به القبول ، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب . والاستجابة لهذه الدعوة هى التى تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً ، تمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ فى الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦ . أنظر أيضاً محكمة استئناف أسيوط فى ٣ يونية سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٢٧٣ ص ٨٠٥ .

أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، أعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة »[1] . والذى يسترعى النظر فى الحالة التى جاء فيها هذا النص هو أن المتعاقدين قد حددا مسائل لم يتم الاتفاق عليها واحتفظا بها لتكون محلا للاتفاق فيما بعد ، وبالرغم من أنهما لم يتفقا عليها بعد ذلك ، إلا أن العقد يعتبر قد تم . والذى يبرر هذا الحكم هو أن هذه المسائل ليست جوهرية فى العقد ، وأن القانون قد افترض أن نية المتعاقدين انصرفت إلى إبرام العقد حتى لو قام خلاف بينهما على هذه المسائل ، مادام أنهما لم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها . فتفسيراً لنية المتعاقدين على هذا الوجه المعقول أباح القانون للقاضى أن يقضى فيما اختلفا فيه طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . وهذا أيضاً أمر يسترعى النظر ، فإن مهمة القاضى فى هذه الحالة تخرج عن المألوف من عمله ، فهو لا يقتصر على تفسير ما اتفق عليه المتعاقدان ، بل يجاوز ذلك إلى تدبير ما اختلفا فيه ، فهو إذن يساهم فى صنع العقد[2] . ويوجه هذا الحكم فيما انطوى عليه من جرأة أنه مادام المفروض أن المتعاقدين قد أرادا إبرام العقد ولو لم يتفقا على هذه

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد مع بعض فروق لفظية . ولما تلى فى لجنة المراجعة لاحظ بعض الأعضاء أن التمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية أمر دقيق فى بعض الأحوال ، فلا يحسن تركه لتقدير القاضى خشية التحكم ، ودارت مناقشة طويلة حول هذه المسألة ، واستقر الرأى على إبقاء المادة بعد تعديلات لفظية تحت رقم ٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل ، ثم وافق عليها كل من لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ — ص ٤٩) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٦ (مطابق) — الليبى م ٩٥ (مطابق) العراقى ٢/٨٦ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل .

أنظر أيضاً المادة ٢ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٦١ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات البولونى.

(٢) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وفى هذه الحالة يتولى القاضى أمر الفصل فى المسائل التفصيلية التى أرجىء الاتفاق عليها ما لم يتراض العاقدان بشأنها . وعلى هذا النحو يتسع نطاق مهمة القاضى ، فلا يقتصر على تفسير إرادة العاقدين ، بل يستكمل ما نقص منها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦) .

المسائل غير الجوهرية ، استتبع ذلك أن نفرض أيضاً أنهما أرادا أن يحل القاضي محلهما ليبت فيما اختلفا فيه ، لأن هذا هو السبيل الوحيد للملاءمة بين ما اتفقا عليه من إبرام العقد وما اختلفا فيه من المسائل . فإذا اتفق المؤجر والمستأجر مثلا على المسائل الجوهرية في عقد الإيجار ، فتراضيا على العين المؤجرة والأجرة والمدة وسائر الشروط الجوهرية ، واختلفا فيمن يتحمل ضريبة الخفر أو أجرة البواب أو اشتراك المياه ، وهي عادة مبالغ زهيدة ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم إلا إذا اتفقا أيضاً على هذه المسألة التفصيلية ، كان من المستساغ أن يفترض القانون أن المتعاقدين قد أرادا إبرام عقد الإيجار ، وأنهما تركا للقاضي أن يبت في هذه المسألة غير الجوهرية طبقاً للعرف إذا لم يستطيعا هما أن يصلا فيها إلى اتفاق . فالأمر إذن لا يعد أن يكون تفسيراً لنية المتعاقدين ، بحيث لو قام دليل على أن نيتهما لم تنصرف إلى ذلك ، وأنهما لم يقصدا إبرام العقد إلا بعد الاتفاق الكامل حتى على هذه المسائل التفصيلية ، لوجب استبعاد النص ، ولتحتم على القاضي أن يقضي بأن عقد الإيجار لم يبرم ما دام أن المتعاقدين لم يتفقا على جميع المسائل التي تناولاها ، جوهرية كانت أو تفصيلية[١] .

فالقبول إذن يجب أن يكون مطابقاً للايجاب على النحو الذي قدمناه . أما إذا كان غير مطابق له ، بل اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلا ، فإن العقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً . فإذا طلب البائع ثمناً للمبيع ألفا تدفع فوراً ، وقبل المشتري أن يدفع الألف على أن يزيد البائع في المبيع ، أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة ، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط ، لم يتم البيع ، واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً من المشتري . وهذا الحكم هو الذي تنص عليه المادة ٩٦ من القانون

---

(١) ويؤيد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « ومهما يكن من أمر ، فينبغي التنويه بأن هذه الأحكام لا تعدو أن تكون مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . فإذا تعارض هذا التفسير مع ما أراده المتعاقدان ، بأن اشترطا صراحة أو ضمناً أن يكون العقد باطلا عند عدم الاتفاق على المسائل التي احتفظ بها ، وجب احترام هذه الإرادة ، ولا يتم العقد ما لم يحصل الاتفاق على تلك المسائل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧) .

الجديد إذ تقضي بما يأتي : « إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً »[1] .

(ج) حالات خاصة في القبول

الحالة الأولى – مجرد السكوت قد يكون قبولا * :

١١٢ – المبدأ العام : لا محل للكلام في السكوت باعتباره معبراً عن الإيجاب ، فإنه لا يتصور أن يكون مجرد السكوت إيجاباً . ولكن هل يجوز أن يكون قبولا ؟

يمكن القول بوجه عام إن السكوت في ذاته ، مجرداً عن أي ظرف ملابس له ، لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولو قبولا ، لأن الإرادة عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي ، ويقول

---

(١) تاريخ النص: ورد هذا النص في المادة ١٤١ من المشروع التمهيدي ، وكانت هذه المادة تشتمل على فقرتين ، حذفت الفقرة الأولى منهما في المشروع النهائي اكتفاء بتطبيق القواعد العامة كما سبقت الإشارة إلى ذلك ، أما الفقرة الثانية فجاءت مطابقة للنص الذي ورد في القانون الجديد . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة ومجلس النواب ولجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل ، وأصبحت المادة ٩٦ في القانون الجديد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩ — ص ٥١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٩٧ (مطابق) — الليبي ٩٦ (مطابق) العراقي م ١/٨٦ (موافق) — اللبناني م ١٨٢ (موافق) .

وانظر في هذه المسألة المادة ١٥٠ من التقنين الألماني ، وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ ، جازيت ١٢ ص ٢٨٥ . [نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩٦ ص ٧٤١] .

* بعض المراجع : بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٠٧ — ديموج في الالتزامات ١ فقرة ١٨٥ وما بعدها و٢ فقرة ٥٥٦ – فاليري في العقد بالمراسلة فقرة ٢١ وما بعدها وتعليقاته في داللوز ١٩٠٥ — ١ — ٣٤٥ و ١٩٠٨ — ٢ — ١٠ و١٩١٣ — ١ — ٢٨١ — جيز في نظرية العمل السلبي (مجلة القانون العام ١٩٠٥ ص ٧٦٤) — بارولت في السكوت باعتباره منشئاً للالتزامات ديجون ١٩١٢ — كوهن في العقد بالمراسلة باريس ١٩٢١ ص ١٠٣ وما بعدها — ليني ديجون ١٩٢٧ — كوهين (Cohin) في العمل السلبي الخاطىء باريس ١٩٢٩ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ — بودري وبارد ١ فقرة ٤٤ — فقرة ٤٨ — بنكاز تكملة بودري ٢ فقرة ٣٩٥ — والتون ١ ص ١٩٧ — ص ١٩٩ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٦٠ — فقرة ١٦٦ — الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٥٤ — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٨٨ .

فقهاء الشريعة الإسلامية : « لاينسب لساكت قول »[١] . وليس السكوت إرادة ضمنية فإن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها كما سبق القول . أما السكوت فهو العدم[٢] ، وأولى بالعدم أن تكون دلالته الرفض لا القبول . وهذا هو المبدأ العام ، يقول به الفقه والقضاء فى مصر وفى غيرها من البلاد[٣] .

١١٣ — **الاستثناء** : على أن هذا المبدأ العام يقيد منه استثناءات أقرها القضاء

---

(١) [انظر م ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية — وحيد الدين سوار فى رسالته ص ٢٦٤ — وبنفس المعنى بيدان ٨ ص ٤٨] .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ينبغى التفريق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير الضمنى وضع إيجابى ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى . وقد يكون التعبير الضمنى بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولا ، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز فى بعض الفروض الاستثنائية أن يعتبر قبولا » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧) .

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية فى مصنعه لا يعد قبولا أو ترخيصاً من جانبها حتى لو تأخرت الحكومة عن الرد فى الميعاد القانونى وحتى لو حصل صاحب المصنع على تصريحات شفوية من بعض الموظفين بأن الحكومة ستعطيه الترخيص المطلوب (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٣) . وكذلك قضت محكمة اسكندرية الابتدائية المختلطة فى دائرتها التجارية بأن سكوت المشترى أكثر من ثمانية أيام دون أن يرد على عرض يعرضه البائع ويشترط فيه شرطاً فى صفقة ظلت المفاوضات دائرة فيها بين البائع والمشترى مدة أسابيع عديدة لا يعتبر رضا من المشترى ، بل يجب أن يكون رضاؤه واضحاً جلياً بعد هذه المفاوضات الطويلة (٦ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ١٨٧ رقم ٢٧٩) . وقضت المحاكم الفرنسية بأن مجرد سكوت شخص عن الرد على خطاب يعتبره فيه مرسله مساهما فى شركة معينة ويخبره فيه أنه سجل فى حسابه قيمة الأسهم التى احتسبها عليه ، لا يعتبر قبولا بالاكتتاب فى الأسهم المذكورة (نقض فرنسى فى ٢٥ مايو سنة ١٨٧٠ داللوز ٧٠ — ١ — ٢٥٧ وفى ١٨ أغسطس سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩١٠ — ١ — ٢٠٧) ، وبأن الناشر الذى يرسل لشخص دون سابق اتفاق مجلة دورية لا يحق له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك فى هذه المجلة ما دام لم يصدر منه قبول بذلك ، ولا يعتبر قبولا مجرد امتناع هذا الشخص عن رد المجلة حتى لو ذكر فى المجلة أن عدم الرد يعد قبولا بالاشتراك (محكمة السين الابتدائية فى ١٩ أبريل سنة ١٨٩٣ جازيت دى باليه ٩٣ — ٢ — ١٦٢ — محكمة دويه الاستئنافية فى ١٠ مارس سنة ١٨٧٤ داللوز ٧٤ — ٢ — ١٥٣) . ويلاحظ أن من يتلق المجلة ويسكت ، إذا كان سكوته لا يعد قبولا ، فإن قبوله قد يستخلص ضمناً من أعمال مادية إيجابية يقوم بها ؛ كأن يواظب على تسلم المجلة وقراءتها بانتظام (أنظر دى هلتس ١ لفظ (convention) فقرة ٦) .

المصرى فى ظل القانون القديم ، وأكدها التقنين الجديد فى نص صريح فقضت المادة ٩٨ بما يأتى :

« ١ — إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول ، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب » .

« ٢ — ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه »[(١)] .

فالاستثناء إذن هو أن يعتبر السكوت قبولا إذا أحاطت به ظروف ملابسة من شأنها أن تجعله يدل على الرضاء[(٢)] . هذه الظروف الملابسة ضرب لها القانون الجديد الأمثلة الآتية :

(١) إذا كان العرف التجارى الذى جرى عليه العمل يقضى بأن السكوت يدل على الرضاء[(٣)] ، كما إذا أرسل المصرف بياناً لعميله عن حسابه فى المصرف ، وذكر أن عدم

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى التقنين الجديد فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة وردت فى المشروع التمهيدى فى آخر الفقرة الثانية نصها كالآتى : « ويكون كذلك سكوت المشترى بعد أن يتسلم البضائع التى اشتراها قبولا لما ورد فى (الفاتورة) من شروط » . ووافقت لجنة المراجعة على النص ، بعد إدخال تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبح رقم المادة ١٠٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على الجزء الأخير من الفقرة الثانية « ويكون كذلك سكوت المشترى الخ الخ » وبعد المناقشة قررت اللجنة بقاء المادة مع حذف هذا الجزء الأخير لأنه يواجه تطبيقاً يحسن أن يترك فيه التقدير للقضاء فى كل حالة بخصوصها ، وأصبح رقم المادة ٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦ — ص ٦٤) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٩ (مطابق) — الليبى م ٩٨ (مطابق) — العراقى م ٨١ (موافق) — اللبنانى م ١٨٠ (موافق) .

وانظر فيما يقابل هذا النص المادة ٦ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ١٨٠ من قانون الالتزامات اللبنانى .

(٢) ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة إلى تمام العقد فحسب ، بل وكذلك بالنسبة إلى إلغائه أو الإقالة منه (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويجوز أن يجعل عرف التجارة للسكوت شأن القبول . وتفريعاً على ذلك قضى بأنه لا تجوز المنازعة فى بيع يعتبر فى عرف السوق تاما ، وفقاً للشروط المدونة فى بطاقة أو مذكرة لم يردها العاقد من فوره ، متى كان هذا العرف =

الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له[1] ، أو كانت طبيعة المعاملة تقضى بذلك ، كما إذا أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف فى « الفاتورة » شروطاً مستجدة سكت عنها المشترى ولم يبادر إلى رفضها[2] .

(٢) إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين ، كما إذا اعتاد عميل استيراد البضائع التى يريدها من تاجر بالكتابة إليه فيرسل له التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول . فإذا طلب العميل شيئاً وظل التاجر ساكتاً كعادته كان للعميل أن يعتبر هذا السكوت رضاء وأن التاجر سيرسل له ما طلب كما عوده[3] . وقد يكون هناك عقد سابق بين الطرفين ، فيستخلص السكوت قبولا إذا كان العقد الجديد من مكملات تنفيذ العقد السابق، أومعدلا له ، أو فاسخاً[4] .

= يفرض على من يطلب نقض البيع بعد فوات الوقت أن يقيم الدليل على عدم انعقاد العقد ، وهو دليل لا يسوغ للعاقد أن يستخلصه من إهماله أو خطئه الشخصى (استئناف مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٩) .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٦٩ — ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٧٣ — ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٤٦ — ٢ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٨٧ — ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١١١ — ويلاحظ أن الأحكام السابقة إذا اعتبرت السكوت موافقة على الحساب المقدم ، فإنها تستثنى حالة الغلط فى الحساب والحذف والإضافة والتزوير وما إلى ذلك ، فثل هذا يصحح .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٢ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) — نقض فرنسى فى ١١ يوليه سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ١١٧ — وفى ١٥ يوليه سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ٢٦٢ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٠ — ٢ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣١٥ — ١٨ نوفبر سنة ١٩٢٥ م ٤٨ ص ٥٦ .

(٤) مثل استكمال تنفيذ العقد مشتر لآلات ميكانيكية استنفد الأجل المضروب لفحص هذه الآلات وطلب أجلا جديداً لفحص تكميلى كان متوقعاً فى عقد البيع ، فله أن يعتبر سكوت البائع رضاء بمنحه هذا الأجل الجديد (نقض فرنسى فى ٧ مارس سنة ١٩٠٥ سيرى ١٩٠٥ — ١ — ٤٢٧) . ومثل تعديل العقد ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا عدل البائع من شروط البيع فلم يضرب للتسليم أجلا محدداً بل جعله فى أقرب ميعاد مستطاع ، وسكت المشترى على ذلك ، فسكوته يعتبر رضاء بهذا التعديل (استئناف مختلط ١٨ نوفبر سنة ١٩١٥ م ٣٨ ص ٥٦) . ومثل فسخ العقد أن شخصاً أوصى بكميات كبيرة من الفحم من انجلترا ، ثم نشبت الحرب ، فأخبره المصنع بأنه يستحيل عليه إرسال ما يطلب بعد أن منعت =

(٣) إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه وسكت هذا ، فيعتبر سكوته رضاء ، كالهبة التى لا تشترط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فيسكت ، وكعارية الاستعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت[1] .

وليس فيما تقدم إلا أمثلة لم ترد على سبيل الحصر . فكل سكوت تلازمه ملابسات تدل على الرضاء فهو « سكوت ملابس »[2] (silence circonstancié) ، ويعتبر قبولا ، كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فإن سكوته إجازة ، وكالمالك الحقيقى

= الحكومة الانجليزية تصدير الفحم ، فسكت ، ثم عاد بعد ذلك يطالب المصنع بتنفيذ تعهده . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه بصرف النظر عما إذا كان التزام المصنع أصبح بتنفيذه مستحيلا بقوة قاهرة ، فإن سكوت المشترى قد جعل المصنع على حق فى اعتقاده بفسخ العقد (١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٨) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الشخص الذى يصدر منه إيجاب بضمان آخر يريد استئجار عين من الحكومة يعد مقيداً بهذا الضمان بمجرد رسو المزاد على من كفله دون حاجة لقبول الكفالة من جانب الحكومة ، إذ السكوت فى هذه الحالة يعتبر قبولا (١٣ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١١٨) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز فى بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولا . وقد تناول النص هذه الفروض ، ونقل بشأنها عن تقنين الالتزامات السويسرى ضابطاً مرناً يهيء للقاضى أداة عملية للتوجيه قوامها عنصران : أولهما التثبت من عدم توقع أى قبول صريح ، وهذه الواقعة قد تستخلص من طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وسنتها أو من ظروف الحال . والثانى التثبت من اعتصام من وجه إليه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة ... ويراعى ... أن انقضاء الميعاد المعقول أو المناسب هو الذى يحدد وقت تحقق السكوت النهائى الذى يعدل القبول ويكون له حكمه ، وفى هذا الوقت يتم العقد . أما فيما يتعلق بمكان الانعقاد فيعتبر التعاقد قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول فى هذا المكان . ولم تعرض التقنينات اللاتينية ، فيما عدا استثناءات خاصة ، لقيمة السكوت كطريق من طرق التعبير عن الإرادة . بيد أن التقنينات الجرمانية وغيرها من التقنينات التى تأثرت بها تورد على النقيض من ذلك أحكاماً وافية فى هذا الشأن . ويستخلص من دراسة مختلف المذاهب ومقارنتها فى النصوص التشريعية وأحكام القضاء أن مجرد السكوت البسيط لا يعتبر إفصاحاً أو تعبيراً عن الإرادة . أما السكوت « الموصوف » وهو الذى يعرض حيث يفرض القانون التزاماً بالكلام فلا يثير إشكالا ما ، لأن القانون نفسه يتكفل بتنظيم أحكامه . وليس يبقى بعد ذلك سوى « السكوت الملابس » وهو ما تلابسه ظروف يحمل معها محمل الارادة ، فهو وحده الذى يواجهه النص ، محتذياً فى ذلك حذو أحدث التقنينات وأرقاها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٧ — ص ٥٨) .

فى بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقراراً للبيع . فى كل هذا لو كان الساكت أراد ان يعترض لتكلم ، ولكنه سكت فى معرض لتكلم ، ولكنه سكت فى معرض الحاجة إلى الكلام ، ويقول فقهاء للشريعة الإسلامية هنا أيضاً : « السكوت فى معرض الحاجة بيان » .

الحالة الثانية — تنفيذ العقد قد يقوم مقام القبول :

١١٤ — يعتبر القضاء المصرى أن التنفيذ الاختيارى للإيجاب يقوم مقام القبول ، فيتم العقد به ، ويعتبر قبولا ضمنياً[1] . أما الزمان والمكان اللذان يتم فيهما العقد فيتبع فى شأن تحديدهما القواعد العامة إذ لا يوجد نص خاص فى ذلك . وتقضى القواعد العامة —على ماسنرى— أن العقد يتم وقت أن يعلم الموجب بهذا التنفيذ الاختيارى وفى المكان الذى علم فيه ذلك (م ٩٧) ، ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يحدد وقتاً أو مكاناً آخر ، كأن يتضح من إرادة الموجب أنه قصد أن يتم العقد من وقت التنفيذ وفى مكانه فيقوم الموجب له بالتنفيذ وفقاً لهذه الإرادة .

وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى هذه المسألة ، فكانت المادة ١٤٣ من هذا المشروع تقضى بأنه «إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ، فإن العقد يعتبر قد تم فى الزمان وفى المكان

(١) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تنفيذ أحد العاقدين لاتفاق رغم وجود بعض مآخذ كان بوسعه أن يتمسك بها قبل التنفيذ يحول دون طلب القضاء بابطال هذا الاتفاق أو تعديل شروطه فيما بعد (٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١٣) . وقضت محكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه يجوز أن يستفاد الرضاء من القيام بعمل من أعمال التنفيذ لا سبيل معه إلى الشك فى انصراف نية العاقد الذى لم يوقع العقد إلى القبول (٦ يونية سنة ١٩١٦ جازيت ٧ ص ١٩) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن خير طريقة لتفسير العقد تستخلص من التنفيذ الذى ارتضاه العاقدان (١٦ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٣ — ١٦ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٨٢) . وقضت أيضاً بأن شركة المياه التى تعاقدت مع مشترك على توريد المياه له على أساس الربط الجزاف لا يجوز لها أن تلزمه بدفع ثمن ما يستهلكه على أساس ما يحتسبه العداد ما لم تقم الدليل على أنها ألغت التعاقد على أساس الربط الجزاف (٢١ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠١ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٧) . [أنظر نقض فرنسى ٩ يناير سنة ١٩٣٣ داللوز الأسبوعى ١٩٣٣ — ١٦٤ — بيدان ٨ ص ٤٨] .

اللذين بدأ فيهما التنفيذ . ويجب فى هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر ببدء التنفيذ». ولكن هذا النص حذف فى المشروع النهائى ، حذفته لجنة المراجعة لأنه « من التفصيلات التى لا ضرورة لها[1] » . على أن النص لو استبقى لبقى وقت تمام العقد ومكانه محددين بحصول التنفيذ لا بعلم الموجب به متى اتضح ذلك ، لا من إرادة الموجب فحسب ، بل أيضاً من طبيعة التعامل أو من مقتضى العرف ، ولوجب على الموجب له أن يبادر بإخطار الموجب ببدء التنفيذ ، ولا يكون هذا الإخطار إلا إبلاغاً للقبول الضمنى الذى صدر منذ أن وقع البدء بالتنفيذ[1] .

الحالة الثالثة — القبول فى عقود المزاد :

١١٥ — هناك عقود تتم فى بعض الأحيان لا من طريق المارسة ، بل من طريق المزايدة . وأهم هذه العقود البيع والإيجار . فالبيع الجبرى عن طريق القضاء أو عن طريق الإدارة يتم بالمزاد . وكذلك البيوع التى تجريها المحاكم الحسبية . وقد يقع البيع الاختيارى كذلك بطريق المزاد إذا اختار البائع هذا الطريق . وكثيراً ما تؤجر الجهات الحكومية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٦ — ص ٥٧ . وانظر المادة ٣ من المشروع الفرنسى الايطالى .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتناول هذا النص حالة تقرب من حالة السكوت . إلا أن التنفيذ الاختيارى الذى يكون متقدما على الرد يدخل فى نطاق القبول الضمنى . ويراعى أن الإخطار ببدء التنفيذ ليس إلا إبلاغا للقبول الضمنى الذى صدر منذ أن حدث البدء فى التنفيذ . فهذا الحادث هو الذى يحدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد دون حاجة إلى انتظار علم الموجب بذلك . وقد استثنيت هذه الحالة كما استثنيت حالة السكوت من حكم القاعدة التى تقضى بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاما فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦ — ص ٥٧ فى الهامش) . ويلاحظ أنه أشير فى المذكرة الايضاحية إلى استثناء حالة السكوت أيضاً من حكم القاعدة التى تقضى بأن التعاقد ما بين الغائبين يعتبر تاما فى الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا يحتاج إلى تفصيل . فقد رأينا فيما قدمناه فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية أن هذا الاستثناء لا يقوم إلا فى تحديد الزمان . أما تحديد المكان فتجرى عليه القاعدة العامة ، ويعتبر التعاقد عن طريق السكوت قد تم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب عند انقضاء الميعاد المناسب إذ هو يعلم بالقبول فى هذا المكان . على أن الاستثناء بالنسبة إلى زمان العقد ليس إلا استثناء ظاهرياً ، إذ أن السكوت إذا اعتبر قبولا يكون صدوره والعلم به حاصلين فى وقت واحد ، فلا فرق بين نظريتى الإعلان والعلم فى هذا الخصوص .

ووزارة الأوقاف أراضى وعقارات بطريق المزاد . ويعنينا فى العقود التى تتم بالمزايدة أن نعرف متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول . فقد يظن أن طرح الصفقة فى المزاد هو الإيجاب، والتقدم بالعطاء هو القبول . وليس هذا صحيحاً . فإن طرح الصفقة فى المزاد لا يعدو أن يكون دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء ، والتقدم بعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد ، ويكون هو إرساء المزاد على من يرسو عليه . وهذا هو الذى جرى عليه القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، فقد كان يعتبر التقدم بالعطاء إيجاباً لا قبولا ، ويرتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزاد[1] .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العطاء الذى يتقدم به شخص فى بيع يجرى بالمزاد العلنى أمام المجلس الحسبى ، ثم يرجع فيه قبل موافقة المجلس ، يعتبر إيجاباً يجب أن يتعلق به قبول المجلس ويجوز على ذلك الرجوع فيه قبل القبول (٩ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ ص ٢٨١) . وقد يشترط من يطرح الصفقة فى المزاد صراحة أن له الخيار بلا قيد فى قبول أى عطاء أو رفضه ، فيكون الشرط صحيحاً . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا عرضت فى المزاد أرض لتأجيرها على مقتضى شروط واردة بقائمة المزاد تتضمن أن لصاحب الأرض الخيار بلا قيد فى قبول أو رفض أى عطاء ، فإن تقديم العطاء ، ومجرد قبول المالك لجزء من التأمين النقدى وتحريره إيصالا عنه لم ينص فيه إلا على أن صاحب العطاء ملتزم بدفع باقى التأمين فى أجل حدده بكتابة منه على القائمة ولم يشر فيه بشىء إلى حقوق صاحب الأرض الواردة فى قائمة المزاد ، بل بالعكس أشر على القائمة فى يوم حصول المزاد الذى حرر فيه الإيصال بأن المالك لا يزال محتفظاً بحقه فى قبول او رفض العطاء — كل ذلك لا يفيد تمام عقد الإيجار بين الطرفين، ولا يمنع المالك من أن يستعمل حقه فى قبول العطاء أو عدم قبوله فى أى وقت شاء حتى بعد انصراف صاحبه. فإذا هو فعل ذلك فى نفس اليوم فقبل عطاء آخر بأجرة أكثر وحرر بالفعل عقد الايجار بعد أن دون هذا العطاء الآخر فى القائمة قبل إقفال المزاد ، كان هذا هو العقد التام اللازم (نقض مدنى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٩ ص ٤٤٣) .

أما إذا أرسى من طرح الصفقة المزاد على من رسا عليه ، فقد تم العقد ولا يجوز للراسى عليه المزاد الرجوع فيه بعد ذلك . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه ما دام قد ثبت بمحاضر جلسة المجلس الحسبى أن الراسى عليه المزاد قبل الشراء بثمن معين ، ووافق المجلس الحسبى على هذا الثمن وقرر إيقاع البيع ، وما دام الإيجاب والقبول قد وقعا ممن يملكون التعاقد وحصل الاتفاق على المبيع والثمن ، فيكون البيع قد تم ، ولا عبرة بتحرير العقد لأن العقد ليس إلا السند الكتابى للبيع ، وليس للراسى عليه المزاد أن يرجع بعد ذلك فى العقد من تلقاء نفسه ، لأنه لا يملك الرجوع بغير إرادة الطرف الآخر (١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٣١٧ ص ٧٧٢) .

وقد يقدم شخص عطاء يكون عرضاً مستجداً ومستقلا عن شروط المناقصة ، فإذا قبله من طرح الصفقة فى المناقصة تم العقد بينهما ، ولا يجوز الرجوع فيه بعد ذلك (أنظر فى هذا المعنى : نقض مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٦٨ ص ٦٩٩) .

وأكد هذا المبدأ التقنين الجديد بنص صريح . فقضت المادة ٩٩ بما يأتى : « لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا »[1].

= ويلاحظ فى كل ما قدمناه أن هذا هو القضاء المصرى فى ظل القانون القديم ، حيث كان الإيجاب غير ملزم ويجوز الرجوع فيــه ما دام أنه لم يقترن بالقبول . أما فى ظل القانون الجديد حيث الإيجاب ملزم إذا اقترن بأجل ولو ضمنى ، فقد قدمنا أن صاحب العطاء لا يجوز له الرجوع فى عطائه بعــد أن يصل العطاء إلى علم من وجه له ، لأن العطاء يعتبر إيجاباً ملزماً إذ هو قد اقترن بأجل ضمنى هو فض المظاريف وإرساء العطاء على من يرسو عليه .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يتم العقد فى المزايدات إلا برسو المزاد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ، أو بإقفال المزاد دون أن يرسو على أحد » . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة ، أضافت اللجنة عبارة « ولو كان باطلا » بعد عبارة « عطاء يزيد عليه » ، وأصبح رقم المادة ١٠١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠١ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تناقش الأعضاء فى حكم المزايدات التى يشترط فى إعلانها أن لصاحب الشــأن الحق فى رفض أو قبول أى عطاء يقدم فيها ، فقيل إن إرساء المزاد لا يتم إلا باستعمال حق الخيــار المشروط فى الإعلان ، وفى حكم المزايدات الحكومية التى تحتاج إلى تصديق طبقاً للقواعد المالية ، فقيل إنه لا يمكن إرساء المزاد إلا بعد التصديق عليه إذ التصديق هو القبول بالإرساء ممن يملكه . وسأل أحد الأعضاء كيف يكون العطاء باطلا ، فأجيب بإمكان تحقق ذلك فيما لو كان صاحب العطاء قاصراً أو معتوهاً . ثم وافقت اللجنة على المادة مع حذف عبارة « أو بإقفال المزاد دون أن يرسو على أحد » وقد راعت فى ذلك أن الإرساء هو الذى يتم به العقد ، فإيراد هذه العبارة يكون مجرد تزيد قد يحمل على محمل آخر . وأصبح رقم المادة ٩٩ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤ — ص ٦٧) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٠ (مطابق) — الليبى م ٩٩ (مطابق) — العراقى م ٨٩ (موافق) - اللبنانى لا مقابل .

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات . وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التى تجرى بطريق المزايدة . وهو يحسم خلافاً طال عهد الفقه به . فافتتاح المزايدة على الثمن ليس فى منطق النص إلا دعوة للتقدم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القبول فلا يتم إلا برسو المزاد . وقد أعرض المشروع عن المذهب الذى يرى فى افتتــاح المزايدة على الثمن إيجاباً وفى التقدم بالعطاء قبولا . ويراعى أن العطــاء الذى تلحق به صفة القبول ، وفقاً لحكم النص ، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلا أو قابلا للبطلان بل ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد . وليس فى ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة ، فما دام التقدم بالعطاء هو الإيجاب فهو يسقط إذ لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد. أما الميعاد فى هذا الفرض فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو ينقضى =

والعطاء يكون باطلا إذا صدر مثلا من شخص لا يجوز له التعاقد فى الصفقة المطروحة فى المزاد ، كقاض يتقدم بعطاء فى مزاد لبيع عين متنازع عليها إذا كان نظر النزاع يقع فى اختصاصه . ويكون قابلا للابطال إذا صدر مثلا من قاصر أو محجور عليه . فإذا بطل العطاء فى الحالين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذى تقدمه .

الحالة الرابعة — القبول فى عقود الإذعان (*) :

١١٦ — دائرة عقود الإذعان : قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب ، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة ، بل هو فى موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع . ولما كان فى حاجة إلى التعاقد على شىء لا غناء عنه ، فهو مضطر إلى القبول . فرضاؤه موجود ، ولكنه مفروض عليه . ومن ثم سميت هذه العقود بعقود

= بلاشك عند التقدم بعطاء أكبر أو بإقفال المزاد دون أن يرسو على أحد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٤ — ص ٦٥) .

ونضيف إلى ما تقدم أن العطاء اللاحق يسقط العطاء السابق ، لا باعتباره تصرفاً قانونياً بل باعتباره واقعة مادية . ولا يمنع العطاء اللاحق أن يكون واقعة مادية أنه وقع باطلا كتصرف قانونى .

(*) بعض المراجع : سالى فى إعلان الإرادة ص ٢٢٩ وما بعدها — ديجيه فى تطورات القانون الخاص ص ١٢١ الدولة والقانون الموضوعى والقانون الوضعى ص ٥٥ — هوريو فى مبادىء القانون العام ص ٢٠٧ — ريبير فى القاعدة الخلقية فى الالتزامات ص ٥٥ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ١٢٢ وما بعدها — ديموج فى الالتزامات ٢ ص ٦١٦ وما بعدها — موران (Morin) فى القانون والعقد سنة ١٩٢٧ ص ٣٦ وما بعدها — ديريه (Dereux) فى تفسير الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٠٥ ص ١٥٢ و ص ٢١٠ — جونو (Gounot) فى مبدأ سلطان الإرادة ديجون سنة ١٩٠٩ ص ٢٢٧ وما بعدها — دولا (Dollat) باريس سنة ١٩٠٥ — فورتييه (Fortier) ديجون سنة ١٩٠٩ — بيشون (Pichon) ليون سنة ١٩١٣ — سارا ريمى (Sarat-Rémy) فى مراجعة الشروط التعسفية فى عقود الإذعان باريس سنة ١٩٢٨ — ميسول (Missol) فى عقد التأمين كعقد من عقود الإذعان باريس سنة ١٩٣٤ — ساليه (Sallé) فى التطور الفنى للعقد باريس سنة ١٩٣٠ ص ١١ وما بعدها — جوسران فى مجموعة دراسات جينى جزء ٢ ص ٣٣٣ — وفى مجموعة دراسات لامبير جزء ٣ ص ١٤٣ — ومقال فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٣٧ ص ٢١ — نظرية العقد للمؤلف ص ٢٧٩ — ص ٢٨٨ — حلمى بهجت بدوى ص ٢٢٢ — ص ٢٢٦ — أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٢ — ص ٨٥ — محمد عبد الله العربى فى الإكراه الاقتصادى ليون سنة ١٩٢٤ — عبد المنعم فرج الصدة فى عقود الإذعان فى القانون المصرى سنة ١٩٤٦ .

الإذعان[1] . هذا الضرب من الإكراه ليس هو المعروف فى عيوب الإرادة ، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه متصلا بعوامل نفسية .

ويتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا فى دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية : (١) تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين . (٢) احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق . (٣) صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أى لمدة غير محددة . ويغلب أن يكون فى صيغة مطبوعة تحتوى على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب ، فهى تارة تخفف من مسئوليته التعاقدية وأخرى تشدد فى مسئولية الطرف الآخر ، وهى فى مجموعها من التعقيد بحيث يغم فهمها على أوساط الناس[2] .

وأمثلة هذه العقود كثيرة : فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ، ومع مصالح البريد والتلغراف والتلفون ، وعقد النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطيارات وغير ذلك ، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المتعددة ، وعقد العمل فى الصناعات الكبرى ، كل هذا يدخل فى دائرة عقود الإذعان . ومن ثم نرى أن القبول فى هذه العقود هو كما قدمنا إذعان . فالموجب يعرض إيجابه فى شكل بات نهائى لا يقبل مناقشة فيه ، فلا يسع الطرف الآخر إلا أن يقبل إذ لا غنى له عن التعاقد ، فهو محتاج إلى الماء والنور والغاز ، وكثيراً ما تعرض له حاجة إلى الاتصال بالناس عن طريق

---

(١) ويسمى الفرنسيون العقود التى يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام (contrats d'adhésion) ، لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه . وهذه تسمية ابتدعها الأستاذ سالى فى كتابه الإعلان عن الإرادة (ص ٢٢٩ — ص ٢٣٠) . وقد آثرنا أن نسمى هذه العقود فى العربية بعقود الإذعان ، لما يشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار فى القبول . وقد صادفت هذه التسمية رواجاً فى اللغة القانونية من فقه وقضاء ، وانتقلت إلى التشريع الجديد .

(٢) [نقض مدنى ٢٢ أبريل سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ رقم ٥٣٦ ص ١١٦٢ — وانظر فى أن أحكام عقود الإذعان خاصة بالعقود المدنية لا تسرى على القرارات الإدارية التى تحكم الروابط بين الطرفين : نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣ ص ٢٦] .

التراسل ولا بد له من التنقل والسفر فى بعض الأحايين ، وهو مضطر إلى العمل ليكسب ما يقوم بأوده . وقد نصت المادة ١٠٠ من القانون الجديد على هذا المعنى فى العبارات الآتية : « القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها»[١] .

١١٧ — **طبيعة عقود الإذعان** : وقد انقسم الفقهاء فى طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين . فبعضهم يرى أن عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية ، ويذهب فريق آخر إلى أنها لا تختلف عن سائر العقود .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٤٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « القبول فى عقود الإذعان يكون مقصوراً على التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » . ولما تلى فى لجنة المراجعة أدخلت عليه تعديلات لفظية أصبح بعدها مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ على المادة دون تعديل تحت رقم ١٠٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧ — ص ٧١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « من حق عقود الإذعان ، وهى ثمرة التطور الاقتصادى فى العهد الحاضر ، أن يفرد لها مكان فى تقنين يتطلع إلى مسايرة التقدم الاجتماعى الذى أسفرت عنه الظروف الاقتصادية . وقد بلغ من أمر هذه العقود أن أصبحت ، فى رأى بعض الفقهاء ، سمة بارزة من سمات التطور العميق الذى أصاب النظرية التقليدية للعقد . على أن المشروع لم ير مجاراة هذا الرأى إلى غايته ، بل اجتزأ بذكر هذه العقود ، واعتبر تسليم العاقد بالشروط المقررة فيها ضرباً من ضروب القبول . فثمة قبول حقيقى تتوافر به حقيقة التعاقد . ومع ذلك فليس ينبغى عند تفسير هذه العقود إغفال ما هو ملحوظ فى إذعان العاقد ، فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى المشيئة . ويقتضى هذا وضع قاعدة خاصة لتفسير هذه العقود تختلف عن القواعد التى تسرى على عقود التراضى . وقد أفرد المشروع لهذه القاعدة نصاً خاصاً بين النصوص المتعلقة بتنفيذ العقود وتفسيرها . وتتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين . والثانى احتكار هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها . والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من عقود الإذعان تلك العقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغرافات ، أو مع شركات التأمين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٨ — ص ٦٩) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠١ (مطابق) — الليبى م ١٠٠ (مطابق) — العراقى م ١/١٦٧ (موافق) — اللبنانى م ٢/١٧٢ (موافق) .

أما الفريق الأول — وعلى رأسهم الأستاذ سالى وتابعه فى ذلك فقهاء القانون العام مثل ديجيه وهوريو — فينكر على عقود الإذعان صبغتها التعاقدية ، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار ، أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ . فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكار الناس باتباعه ، فيجب تفسيره كما يفسر القانون ، ويراعى فى تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية ، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التى وضع لتنظيمها . ويرى الأستاذ ديموج ، ويتفق فى هذا مع فقهاء القانون العام ، أن عقد الإذعان هو مركز قانونى منظم (institution) يجب أن يعنى فى تطبيقه بصالح العمل أولا ، ثم بما يستحق الحماية من صالح كل من طرفى العقد .

ويرى الفريق الثانى — وهم غالبية فقهاء القانون المدنى — أن عقد الإذعان عقد حقيقى يتم بتوافق إرادتين ، ويخضع للقواعد التى تخضع لها سائر العقود . ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر ، فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية ، وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقى ، ولا بتمكين القاضى من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف ، فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها ، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوى . ويكون ذلك بإحدى وسيلتين أو بهما معاً : الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر ، والثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع — لا القاضى — لينظم عقود الإذعان .

١١٨ — حكم عقود الإذعان فى التقنين القديم والجديد : وقد كانت الحماية فى مصر ، فى ظل التقنين القديم ، حماية قضائية . فكان القضاء من جهة يعتبر عقود الإذعان عقوداً حقيقية واجبة الاحترام[1] ، فيحترم الشروط المطبوعة فى عقد الإيجار[2] ، وفى

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٧ .

(٢) عقد الإيجار للمؤلف فقرة ١٢٩ ص ١٢٩ هامش رقم ٢ .

عقود التأمين[١] ، ويلزم من يتعامل مع شركة باحترام لوائحها المطبوعة[٢] ، ومن يتعاقد مع مصلحة السكك الحديدية بمراعاة نظمها ولوائحها[٣] ، ويقيد المستخدم فى عقد العمل باحترام لوائح الخدمة التى يخضع لها[٤] . إلا أنه مع ذلك يغلب الشروط المكتوبة على الشروط المطبوعة[٥] ، ويبطل الإعفاء الاتفاقى من المسئولية[٦] ، ويفسر الالتزام فى مصلحة الطرف المذعن[٧] ، وينسخ الإرادة السابقة بالإرادة اللاحقة[٨] .

وجاء التقنين الجديد فجعل الحماية تشريعية ، ونظم بنصوص خاصة عقد التزام المرافق العامة وعقد العمل وعقد التأمين . وأتى بنصوص عامة لتنظيم عقود الإذعان كافة ، فجعل بذلك للقضاء المصرى فى ظل القانون القديم سنداً تشريعياً فى عهد القانون الجديد ، ومهد أمامه الطريق ليخطو خطوات أوسع فى حماية الجانب المذعن . وندع النصوص الخاصة فى

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٠ — وفى ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٨ .

(٢) استئناف مختلط فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٤ — وفى ٩ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ١٠٨ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٠٥ — محكمة الاسكندرية الجزئية المختلطة فى ٢٥ يونية سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ ص ٣٥ — محكمة القاهرة التجارية الوطنية فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٤٣ ص ١٠٧٦ .

(٤) استئناف مختلط فى ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٤ — وفى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ .

(٥) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٢٦ ص ٢٦٧ — محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة فى ٢ نوفمبر سنة ١٩١٥ جازيت ٦ ص ٢٢ .

(٦) استئناف مختلط فى ١١ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٥ — وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦ — وفى ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠٧ .

(٧) استئناف مختلط فى ١٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٤٠ ص ٢٩٥ . وتتشدد المحاكم فى إعمال شرط من شروط الإسقاط فى بوليصة التأمين : استئناف مختلط فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٨ — وفى ١٧ مارس سنة ١٩٤٨ م ٥٠ ص ٨٦ .

(٨) وقد قضت محكمة مصر الابتدائية المختلطة بأن اعتياد شركة التأمين على أن تقصد المؤمن له فى محل إقامته لتستوفى الأقساط يلغى الشرط القاضى بأن الدفع يكون فى محل الشركة (١٦ يناير سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ٩٣ ص ٨٧) .

العقود التي سلفت الإشارة إليها تدرس في مواضعها . ونقتصر هنا على إيراد النصوص العامة .

فقد نصت المادة ١٤٩ على أن « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[1] » . وهذا النص في عمومه

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢١٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها العقد ، جاز للقاضي أن يجعل ذلك محلا للتقدير » . فاقترحت لجنة المراجعة تعديله على الوجه الآتي : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن من تنفيذها ، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة عبارة في آخر النص هي ما يأتي: « دون إخلال بحق المذعن في التعويض إن كان له محل » ، لأنه لا يكفي في مثل هذه العقود أن يعفي القاضي المذعن من تنفيذها ، بل يجب أيضاً تعويضه إن كان للتعويض محل . وبعد أن وافقت اللجنة على هذا الاقتراح رجعت في موافقتها ورفعت هذه الإضافة لأن القواعد العامة تغني عن الحكم الوارد في العبارة المضافة ، واستبدلت كلمة « منها » بعبارة « من تنفيذها » . وأصبح رقم المادة ١٥٩ . ووافق مجلس على المادة كما عدلتها اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩١ — ص ٢٩٤) .

هذا ويلاحظ مما تقدم أن النص الذي كان وارداً في المشروع التمهيدي أضعف من نص القانون الجديد في ناحيتين : الأولى أنه يشترط في الشروط التعسفية أن يكون الطرف المذعن لم يتنبه إليها ، والثانية أن الجزاء على شرط تعسفي لم يتنبه له الطرف المذعن جاء منطوياً على شيء من الغموض ، فلم يصرح النص بأن للقاضي أن يعدل الشرط أو يلغيه ، بل اقتصر على القول بأنه يجوز للقاضي أن يجعله محلا للتقدير . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « في هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء ، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله متى تنبه إليه هذا العاقد وارتضاه . فالإذعان لا يختلط بالإكراه ، بل إن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبغي للتعامل من أسباب الاستقرار . ثم إن ما يولى من حماية إلى العاقد المذعن ينبغي أن يكون محلا لأحكام تشريعية عامة — كما هو الشأن في حالة الاستغلال — أو لتشريعات خاصة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٢) . ولا شك أن النص الذي خرج به القانون الجديد أصلح في معالجة استغلال الطرف المذعن من نص المشروع التمهيدي . وقد زاده مجلس الشيوخ تأكيداً ، فقد كانت العبارة الواردة فيه : « أو أن يعفي الطرف المذعن منها » قد وردت على النحو الآتي : « أو أن يعفي الطرف المذعن من تنفيذها » فروئي أن الإعفاء يكون من الشرط التعسفي ذاته لا من تنفيذه فحسب .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٥٠ (مطابق) — الليبي م ١٤٩ (مطابق) — العراقي م ١٦٧/٢ (موافق) — اللبناني لا مقابل (ولكن أنظر م ١٧٢) .

وشموله أداة قوية فى يد القاضى يحمى بها المستهلك من الشروط التعسفية التى تفرضها عليه شركات الاحتكار . والقاضى هو الذى يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً ، ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى أخذ به . فإذا كشف شرطاً تعسفياً فى عقد إذعان ، فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف ، بل له أن يلغيه ويعفى الطرف المذعن منه ، ولم يرسم المشرع له حدوداً فى ذلك إلا ماتقتضيه العدالة . ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضى سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك ، فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، ولو صح لجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً (clause de s yle) فى عقودها .

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتى : « ١ — يفسر الشك فى مصلحة المدين . ٢ — ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن »[1] . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويراعى من ناحية أخرى أن الأصل أن يفسر الشك فى مصلحة المدين عند غموض عبارة التعاقد غموضاً لا يتيح زواله . وقد استثنى المشروع من حكم هذا الأصل عقود الإذعان ، فقضى أن يفسر الشك فيها لمصلحة العاقد المذعن ، دائناً كان أو مديناً . فالمفروض أن العاقد الآخر ، وهو أقوى العاقدين ، يتوافر له من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على المذعن عند التعاقد شروطاً واضحة بينة . فإذا لم يفعل ذلك أخذ بخطئه أو تقصيره وحمل تبعته ، لأنه يعتبر متسبباً فى هذا الغموض من وجه : أنظر المادة ١٢٨٨

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يفسر الشك فى مصلحة المدين » ، وفى الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على الوجه الآتى : « لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » . فضمت الفقرتان فى مادة واحدة فى لجنة المراجعة ، وأصبح رقمها ١٥٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليها دون تعديل . ثم وافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٩ — ص ٣٠١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٢ (مطابق) ، الليبى م ١٥٣ (مطابق ، وانظر أيضـا م ١٥٠ — ١٥١ فى هذا المعنى) ، العراق ١٦٧/٣ (موافق) ، اللبنـانى لا مقابل (ولـكن انظر م ١٧٢) .

من التقنين الإسبانى وكذلك المادة ٩١٥ من التقنين النمساوى وهى تنص على أن إبهام العبارة يفسر ضد من صدرت منه»[1] .

الحالة الخامسة — القبول فى عقود الجماعة وفى العقود النموذجية :

١١٩ — تضمن المشروع التمهيدى نصين ، أحدهما خاص بعقود الجماعة (contrats collectifs) ، والثانى بالعقود النموذجية (contrats-type) .

فكانت المادة ١٤٦ من المشروع التمهيدى تنص على أنه « فى عقود الجماعة يتم القبول برضاء الأغلبية ، وترتبط الأقلية بهذا القبول » . ومثل عقود الجماعة عقد العمل الجماعى (contract collectif du travail) ؛ وهو العقد الذى ينظم شروط العمل ما بين طائفة أصحاب الأعمال وطائفة العمال . ويتم الإيجاب والقبول فيه برضاء الأغلبية من كل من الطائفتين . وترتبط الأقلية بالعقد . وهنا نرى أن كل فرد من الأقلية قد ارتبط بعقد لم يقبله ولم يكن طرفاً فيه ، وأصبح لا يستطيع الإنحراف فى عقد فردى عن نصوص العقد الجماعى . وفى هذا خروج بين على القواعد المدنية ، يعلله أن عقود الجماعة أقرب إلى القوانين منها إلى العقود ، وهى على كل حال تنشىء مراكز قانونية منظمة (institutions)

وكانت المادة ١٤٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه « إذا وضعت السلطة العامة أو أية هيئة نظامية أخرى نموذجا لأحد العقود ؛ فإن من يبرم هذا العقد ويحيل على النموذج يتقيد بالشروط الواردة فيه » . والعقد النموذجى هو الذى تضعه سلطة عامة أو أية هيئة نظامية أخرى ، كعقود الإيجار النموذجية التى تضعها وزارة الأوقاف أو المجالس البلدية أو النقابات . ويقضى النص السالف الذكر بأن من يتعاقد محيلا فى تعاقده على عقد نموذجى يتقيد بالشروط الواردة فيه ، لأن الإحالة عليه تفترض أن المتعاقد قد اطلع على ما ورد فيه من الشروط وارتضاها .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٠ — هذا وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ظل القانون القديم أن عقد التأمين يفسر لمصلحة المؤمن له (٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

وقد حذف هذان النصان فى المشروع النهائى ، حذف الأول لأن مكانه يحسن أن يكون فى تشريع خاص ، وحذف الثانى لوضوح الحكم الوارد فيه[1] .

§ ٢ — المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد

(التعاقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين) *

(Contrat par correspondance ou entre absents)

١٢٠ — *تحديد الموضوع* : فرضنا فيما قدمناه أن التعاقد يتم بين حاضرين ، سواء تم التعاقد بينهما مباشرة أو تم بوساطة نائب عن أى منهما . ولكن يحدث كثيراً أن يتم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٦٧ — ص ٦٨ فى الهامش . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذين النصين فى المشروع التمهيدى ما يأتى : « لا يطرأ على القبول فى عقود الجماعة مجرد عرض يغير من أوصافه ، بل يجاوز أمره ذلك فيصبح القبول معدوماً على وجه الاطلاق . والحق أن هذه العقود وهى من أبرز مظاهر النشاط الاقتصادى الحديث لا تنطوى على حقيقة التعاقد . وأظهر ما يكون هذا المعنى بالنسبة للأقلية التى ترتبط بقبول الأغلبية دون أن ترتضى ذلك . وقد بلغ من أمر الثغرة التى اصابت مبدأ سلطان الإرادة من جراء هذا الوضع أن أصبح اصطلاح « الارتباطات النظامية » أغلب على الألسنة فى هذا المقام من اصطلاح « عقود الجماعة » . وقديماً وعت قوانين التجارة فى نظام الصلح فى الإفلاس صورة من صور هذه العقود . بيد أن صورة أخرى أعظم أهمية وأبلغ أثراً قد أخذت بظهور عقد العمل الجماعى مكانها فى الحياة الاقتصادية الحديثة تحت ضغط حركات العمال والنقابات . ففد يتفق أرباب العمل والعمال على قواعد خاصة بشروط العمل ، وبهذا يتكون عقد جماعة يرتبط به أولئك وهؤلاء جميعاً سواء فيهم من قبل أو من لم يقبل . ويترتب على ذلك بطلان كل حكم فى عقود العمل الفردية يتعارض مع نصوص هذا العقد . ويجب التفريق بين عقود الجماعة والعقود النموذجية ، فللأخيرة حقيقة التعاقد . وإحالة الطرفين إلى النموذج الذى تولت وضعه أو إقراره السلطات العامة أو الهيئات النظامية (كالنقابات مثلا) تفترض قبولهما للشروط الواردة فيه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٦٨ فى الهامش) .

* بعض المراجع : فاليرى (Valéry) فى التعاقد بالمراسلة سنة ١٨٩٥ ، وانظر تعليقا له أيضاً فى داللوز ١٩١٣ — ٢ — ١ — سالى فى إعلان الإرادة ص ١١٨ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ — لوران ١٥ فقرة ٤٧٩ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٧٥ — هيك ٧ فقرة ١٨ — بيدان فقرة ٩١ — فقرة ٩٢ — جيللوار فى البيع فقرة ١٦ — بفنوار ص ٤٧١ — لارومبيير م ١١٠١ فقرة ١٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣٧ — بودرى وسينيا فقرة ٣٥ — بلانيول وريبير وإسمان ١ ص ٢٠٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٥٤ وما بعدها — ديموج ٢ ص ٢٤٢ وما بعدها — هيار ٢ فقرة ١٢٢٤ وما بعدها — بتى (Petit) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ — أوبير (Aubert) رسالة =

التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد ، ويتم ذلك بالمراسلة ، بأية طريقة من طرقها المختلفة : البريد أو البرق أو رسول خاص لا يكون نائباً أو غير ذلك[(١)] .

وليس الذى يميز ما بين الفرضين فى حقيقة الأمر هو أن يجمع المتعاقدين مجلس العقد أو ألا يجتمعا فى مجلس واحد ، بل إن المميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به . فنى التعاقد ما بين حاضرين تنمحى هذه الفترة من الزمن ، ويعلم الموجب بالقبول فى الوقت الذى يصدر فيه . أما فى التعاقد ما بين غائبين فإن القبول يصدر ثم تمضى فترة من الزمن هى المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب ، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به .

والذى يؤكد ما تقدم أننا نستطيع أن نتصور تعاقداً ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به ، كالتعاقد بالتليفون ، وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين على ماسنرى . ونستطيع أن نتصور تعاقداً مابين حاضرين يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به . وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد مابين غائبين . ويكفى لتحقق ذلك أن نتصور أن المتعاقدين افترقا بعد صدور الإيجاب الملزم وقبل صدور القبول بعد ذلك وأتى من صدر منه القبول بنفسه يبلغ الموجب قبوله[(٢)] .

فالعبرة ليست إذن باتحاد المجلس أو اختلافه ، بل بتخلل فترة من الزمن بين صدور

= من باريس سنة ١٨٩٤ — ماركاجى (Marcaggi) رسالة من أكس سنة ١٩٠٢ — موريس (Maurus) رسالة من تولوز سنة ١٩٠٥ — كوهن (Cohen) رسالة من باريس سنة ١٩٢١ فى القانون المقارن — والتون ١ ص ١٩٩ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٨٥ وما بعدها — حلمى بهجت بدوى ص ١٠٤ وما بعدها — أحمد حشمت أبوستيت ص ٨٥ وما بعدها .

(١) والتعاقد فيما بين الغائبين ممكن فى أكثر العقود . ولا تستثنى إلا عقود خاصة تستلزم بعض القوانين فيها حضور المتعاقدين بنفسيهما فى مجلس واحد وقت التعاقد ، فلا يجوز فيها حتى التعاقد بطريق النيابة ، كما يقضى القانون الفرنسى بذلك فى الزواج (acte de mariage)، وفى عقد الزوجية المالى (contrat de mariage) وفى عقد التبنى (adoption) .

(٢) ولو قبل شخص إيجاباً صدر من أصم وهما فى مجلس واحد ، فلم يسمع الموجب القبول ، فكتبه له الطرف الآخر ، فإن معرفة الوقت الذى تم فيه العقد ، هل هو وقت صدور القبول أو وقت كتابة القبول للموجب وتمكن هذا من قراءته ، تتبع فيه قواعد التعاقد ما بين غائبين (أنظر فى هذا الفرض إيعوس وأرمانجون : أسئلة فى القانونين المدنى والتجارى المصريين سنة ١٩٠٤ ص ٣٩ رقم ٥٧) .

القبول والعلم به[1] .

١٢١ — ماذا يترتب على هذا التحديد — زمان العقد ومكانه : ومتى وضعنا المسألة على النحو الذى قدمناه تبين فى الحال ماذا يترتب على هذا الوضع : فما دام أن هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور القبول والعلم به ، وجب التساؤل متى إذن يتم العقد ؟ أوقت صدور القبول أم وقت العلم به ؟ فإذا تعين الوقت الذى يتم فيه العقد تعين أيضاً المكان الذى يتم فيه : يتم فى المكان الذى يوجد فيه الموجب إذا قلنا إن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول ، ويتم فى المكان الذى يوجد فيه من صدر منه القبول إذا قلنا إن العقد يتم بمجرد صدور القبول .

فزمان العقد هو الذى يحدد مكانه ، وهذا هو الأصل . وقد يختلف مكان العقد عن زمانه فى بعض الفروض ، أهمها التعاقد بالتليفون . ففيه لا يفصل زمن ما بين صدور القبول والعلم به كما رأينا . فهو من ناحية الزمان بمثابة تعاقد ما بين حاضرين . أما من ناحية المكان فالمتعاقدان فى جهتين مختلفين ، فتجرى فى تعيينه قواعد التعاقد ما بين غائبين[1] .

---

(١) ولا يعتبر تعاقداً بين غائبين تبادل مكاتبات تسجل اتفاقاً تم بين حاضرين شفوياً قبل هذا التبادل ، فإن هذه المكاتبات ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين الطرفين وهما حاضران معاً بمجلس العقد (استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠) . كذلك لا يعتبر تعاقداً بين غائبين إبرام عقد بين أحد الطرفين ووكيل الآخر إذا كان كل منهما حاضراً بمجلس العقد ، فحضور الوكيل مجلس العقد يغنى عن حضور الأصيل (استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٣) .

(٢) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص فى هذا الموضوع ، فنصت المادة ١٤٠ من هذا المشروع على أنه « يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان » . ولكن لجنة المراجعة قررت حذف هذا النص لوضوح حكمه . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ولا يثير التعاقد بالتليفون ، أو بأية وسيلة مماثلة ، صعوبة إلا فيما يتعلق بتعيين مكان انعقاد العقد . فشأنه من هذه الناحية شأن التعاقد بين الغائبين الذين تفرقهم شقة المكان . ولذلك تسرى عليه أحكام المادة السابقة الخاصة بتعيين مكان التعاقد بين الغائبين ، ويعتبر التعاقد بالتليفون قد تم فى مكان الموجب إذ فيه يحصل العلم بالقبول ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . أما فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد ، فالتعاقد بالتليفون لا يفترق عن التعاقد بين الحاضرين ، لأن الفارق الزمنى بين إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم أو هو فى حكم المعدوم . فليس للتفرقة بين وقت إعلان القبول ووقت العلم به أية أهمية عملية ، لأنهما شىء واحد . وتفريعاً على ذلك يعتبر التعاقد بالتليفون تاماً فى الوقت =

وعلينا الآن أن نبحث متى يتم العقد ما بين غائبين وفى أى مكان . ونستعرض فى ذلك الفقه والقوانين الأجنبية ، ثم ننتقل إلى أحكام القانون المصرى .

ا — الفقه والقوانين الأجنبية

١٢٢ — *مذاهب أربعة فى الفقه* : الفقه فى البلاد التى ليس فيها تشريع يعين الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد — كما فى فرنسا وفى مصر فى عهد التقنين القديم — منقسم متشعب الرأى ، وذلك بالرغم من أهمية تعيين زمان العقد ومكانه على ما سنرى .

وذلك أن خاصية التعاقد بالمراسلة فيما بين غائبين هى كما قدمنا الفترة من الزمن التى تفصل ما بين صدور القبول والعلم به[1] . فإذا قلنا إن العبرة فى تمام العقد هى بتلاقى الإرادتين ، فإن العقد يتم وقت صدور القبول ، ففى هذا الوقت كان الإيجاب قائماً وصدر القبول متلاقياً معه . وإذا قلنا بل العبرة بالوقت الذى يعلم فيه المتعاقدان معاً بهذا التلاقى فإن صدور القبول لا يكفى ، بل يجب أن يعلم الموجب بالقبول وهو باق على إيجابه .

= الذى يعلن فيه من وجه إليه الإيجاب قبوله ، وهذا الوقت بذاته هو الذى يعلم فيه الموجب بالقبول . ويترتب على إعطاء التعاقد بالتلفون حكم التعاقد ما بين الحاضرين فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد أن الإيجاب إذا وجه دون تحديد ميعاد لقبوله ، ولم يصدر القبول فور الوقت ، تحلل الموجب من إيجابه . وهذه هى القاعدة المقررة فى الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من المشروع بشأن الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٢ — ص ٥٣ فى الهامش) .

(١) وهناك أمر آخر يقع فى التعاقد بالمراسلة ، هو أن تبلغ أحد المتعاقدين إرادة الآخر على غير حقيقتها . فكثيراً ما يقع فى المراسلات البرقية خطأ فى نقل ما يريد المرسل تبليغه للمرسل إليه ، فيعتمد هذا على ما بلغه خطأ . مثل ذلك أن يظن المشترى أن البائع يعرض عليه البيع بثمن هو دون الثمن الذى يرضى به ، ويكون هذا نتيجة لوقوع خطأ فى البرقية التى أرسلها البائع للمشترى . فإذا قبل المشترى التعاقد ، فهل يتم العقد ؟ العقد لا يتم إذا أخذنا بالإرادة الباطنة ، وهذا ما يذهب إليه القضاء فى مصر (محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ ص ٢٨٨ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٥ — وفى ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٢ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ — وفى ١٢ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٠١) . ويتم العقد إذا أخذنا بالإرادة الظاهرة ، ولكن يرجع المتعاقد الذى أصابه ضرر بالتعويض على المسئول عن الخطأ الذى وقع . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى الغلط الذى يقع فى نقل الإرادة (أنظر المادة ١٧٢ من المشروع التمهيدى وسيأتى ذكرها) .

والحق أن التعاقد إذا تم بين غائبين تعذر العثور على وقت يعلم فيه المتعاقدان معاً بتلاقى الإرادتين . فلا يكفى أن يعلم الموجب بصدور القبول ، بل يجب أيضاً أن يعلم القابل بهذا العلم . وهكذا . وهذا هو الدور ، وهو ممتنع . بل إن تلاقى الإرادتين فى التعاقد ما بين غائبين لا يمكن الجزم به . فقد يعدل الموجب عن إيجابه ولا يصل هذا العدول إلى علم القابل إلا بعد وصول القبول إلى علم الموجب . وقد يعدل القابل عن قبوله ولا يصل هذا العدول إلى علم الموجب إلا بعد وصول القبول إلى علمه . وفى الحالتين يتم العقد ، وفى الحالتين لم تتلاق الإرادتان[1] .

فليس يعنينا إذن فى التعاقد ما بين الغائبين أن يعلم المتعاقدان معاً بتلاقى الإرادتين ، بل ولا بأن تتلاقى الإرادتان فعلا ، فإن هذا وذاك قد يتعذر تحققه كما قدمنا . ولا يبقى أمامنا — وقد صدر القبول فى وقت متقدم على الوقت الذى علم فيه الموجب بهذا القبول — إلا أن نختار بين الوقتين ؛ وقت صدور القبول ووقت العلم به .

فإذا نحن وقفنا عند صدور القبول ، فعلينا أن نختار بين الوقت الذى أعلن فيه القابل قبوله — وهذا هو مذهب إعلان القبول (système de déclaration) والوقت الذى يخرج فيه هذا القبول من يده فى طريقه إلى الموجب إذ هو لا يملك استرداده بعد ذلك — وهذا هو مذهب تصدير القبول (système d'expédition) .

وإذا نحن جاوزنا صدور القبول إلى العلم به ، فعلينا أيضاً أن نختار بين الوقت الذى يصل فيه القبول إلى الموجب فنفرض علمه به — وهذا هو مذهب تسلم القبول (système de réception) — والوقت الذى يعلم فيه الموجب فعلا بالقبول — وهذا هو مذهب العلم بالقبول (système d'information) .

---

(١) وقد قيل إن الوقوف عند وقت صدور القبول فى التعاقد ما بين الغائبين يلقى الموجب فى حيرة فهو لا يعلم متى تم العقد . وهذا القول مردود بأن الوقوف عند وقت العلم بالقبول هو أيضاً من شأنه أن يوقع القابل فى حيرة إذ هو لا يدرى متى وصل القبول إلى علم الموجب فلا يعلم متى تم العقد . ونرى من ذلك أن اختيار وقت صدور القبول من شأنه ألا يطمئن الموجب ، واختيار وقت العلم بالقبول من شأنه ألا يطمئن القابل . فلا ميزة لقول على آخر من حيث اطمئنان المتعاقدين .

هذه هى مذاهب أربعة ، لكل مذهب منها أنصار يقولون به .

١٢٣ — مذهب إعلان القبول : أما أنصار مذهب إعلان القبول فيقولون إن نظريتهم هى المنطبقة على القواعد العامة ، فالعقد توافق إرادتين . ومتى أعلن الطرف الآخر قبوله للايجاب المعروض عليه فقد توافقت الإرادتان وتم العقد . هذا إلى أن المذهب يتفق مع مقتضيات الحياة التجارية من وجوب السرعة فى التعامل .

ويؤخذ على هذا المذهب خروجه على القواعد العامة من ناحيتين . فليس من الضرورى أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول ، إذ يجوز أن يعدل الموجب ولا يصل عدوله إلى القابل إلا بعد صدور القبول . كذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره . فالقبول إرادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها .

١٢٤ — مذهب تصدير القبول : وأنصار هذا المذهب يتفقون فى الواقع مع أنصار المذهب الأول ، فهم يكتفون بإعلان القبول ، ولكنهم يشترطون أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا رجوع فيه . ولا يكون ذلك إلا إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلا بقبوله إلى الموجب بحيث لا يملك أن يسترده ، بأن ألقاه فى صندوق البريد أو سلمه لعامل البرق فبعث به أو أبلغه لرسول انطلق ليخبر به الموجب .

ويؤخذ على هذا المذهب أنه إذا كان إعلان القبول كافياً لتمام العقد ، فليس من القانون ولا من المنطق أن يزيده التصدير أية قيمة قانونية . على أن القبول المصدر يمكن استرداده كما تقضى بذلك لوائح البريد فى كثير من البلاد ، والكتاب فى البريد ملك للمرسل حتى يتسلمه المرسل إليه .

١٢٥ — مذهب تسليم القبول : وأنصار هذا المذهب يرون أن القبول لا يكون نهائياً بتصديره إذ يمكن استرداده وهو فى الطريق ، وهو لا يكون نهائياً لا يسترد إلا إذا وصل إلى الموجب . ففى هذا الوقت يتم العقد ، سواء علم الموجب أو لم يعلم . على أن وصول القبول إلى الموجب قرينة على علم هذا به .

ومن ذلك نرى أن مذهب تسلم القبول يتذبذب بين مذهبى التصدير والعلم . فهو بين أن يكون قد أخذ بمذهب التصدير مستأنياً إذ لا يرى التصدير باتاً حتى يصل القبول إلى الموجب ، وبين أن يكون قد أخذ بمذهب العلم متعجلا إذ يجعل وصول القبول قرينة على هذا العلم .

والمذهب من حيث أنه صورة معدلة لمذهب التصدير لا يزيد فى قيمته عن هذا ، فإن وصول القبول إلى الموجب دون علمه به لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية . وإذا قيل إن الكتاب يصبح ملكاً للمرسل إليه ، فإن المقصود من هذا هو الملكية المادية ، أما الملكية المعنوية فتبقى للمرسل .

أما إذا أريد بالتسلم أن يكون قرينة على العلم ، فإن كانت القرينة قاطعة أعوزها النص ، وإن كانت غير قاطعة فقد المذهب استقلاله واختلط بمذهب العلم بالقبول ، وهو المذهب الرابع الذى نتولى الآن بحثه .

١٢٦ — *مذهب العلم بالقبول* : والواقع أن المذهبين الرئيسيين هما مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول ، وما عداهما فتفرع عنهما ، ويرد إليهما . ولمذهب العلم بالقبول أنصار كثيرون . وهم لا يكتفون من القبول بإعلانه ، بل يشترطون علم الموجب به ، شأن كل إرادة يراد بها أن تنشىء أثراً قانونياً ، فهى لا يترتب عليها هذا الأثر إلا إذا علم بها من هى موجهة إليه . وهم يتخذون من وصول القبول قرينة على علم الموجب ، ولكنها قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهى على كل حال تقبل إثبات العكس .

١٢٧ — *النتائج التى تترتب على الأخذ بمذهب دون آخر* : ونقارن الآن بين المذهبين الرئيسيين ، مذهب الإعلان ومذهب العلم ، فى النتائج التى تترتب على الأخذ بمذهب منهما دون الآخر ، فيتبين الفرق بينهما فيما يأتى :

١ — إذا عدل الموجب عن إيجابه ووصل العدول إلى علم القابل بعد إعلان القبول

وقبل علم الموجب به ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم . كذلك من صدر منه القبول لو عدل عن قبوله ووصل العدول إلى الموجب غير متأخر عن وصول القبول ، فإن العقد يتم وفقاً لمذهب الإعلان ، ولا يتم وفقاً لمذهب العلم .

٢ — إذا كان العقد بيعاً واقعاً على منقول معين بالذات ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشترى من وقت تمام العقد ، وتكون الثمار للمشترى من ذلك الوقت أى من وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بمذهب العلم ، أو من وقت إعلان القبول إذا أخذنا بمذهب الإعلان . وكعقد البيع أى عقد آخر ناقل للملكية .

٣ — هناك مواعيد تسرى من وقت تمام العقد كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الالتزامات المنجزة التى تنشأ من العقد . فتسرى هذه المواعيد من وقت العلم بالقبول وفقاً لنظرية العلم، ومن وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان .

٤ — فى الدعوى البوليصية لا يستطيع الدائن الطعن فى عقد صدر من مدينه إضراراً بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخراً فى التاريخ عن الحق الثابت له فى ذمة المدين . فلو أن هذا الحق قد ثبت فى ذمة المدين فى الفترة ما بين إعلان القبول والعلم به فى العقد الذى يريد الدائن الطعن فيه ، فإنه يجوز للدائن الطعن فى العقد وفقاً لنظرية العلم ، ولا يجوز له ذلك وفقاً لنظرية الإعلان .

٥ — العقود التى صدرت من تاجر شهر إفلاسه يتوقف نصيبها من الصحة والبطلان على معرفة وقت تمامها . ويختلف حظ هذه العقود بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل المدة المشتبه فيها أو فى أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو بعد شهر الإفلاس . فتهم إذن معرفة وقت تمام العقد فى مثل هذه الفروض ، فقد يعلن القبول فى مرحلة من هذه المراحل ويحصل العلم به فى مرحلة أخرى ، فيختلف الحكم على العقد باختلاف المذهب الذى يؤخذ به .

٦ — تقضى قواعد القانون الدولى الخاص بأن القانون الذى يخضع له العقد هو

القانون الذى أراده المتعاقدان وفقاً لنظرية سلطان الإرادة . ويكون هذا القانون عادة هو قانون الجهة التى تم فيها العقد (lex loci contractu) . فإذا تم عقد بين شخصين ، وكان من صدر منه الإيجاب موجوداً فى مصر وعلم بالقبول فيها ؛ ومن صدر منه القبول كان موجوداً فى فرنسا وقت صدور القبول ، فإن العقد يخضع للقانون المصرى إذا أخذنا بمذهب العلم ، ويخضع للقانون الفرنسى إذا أخذنا بمذهب الإعلان(1) . والأخذ بأى المذهبين فى تحديد المكان يحدد الزمان كذلك .

٧ — قد يكون ارتكاب جريمة فى بعض الفروض متوقفاً على تمام عقد مدنى ، كجريمة التبديد فإنها تتم بتمام عقد البيع الذى يتصرف بموجبه المبدد فى الأشياء التى كان مؤتمناً عليها . فيهم أن نعرف فى أى مكان تم عقد البيع ، فإن هذا المكان هو الجهة التى وقعت فيه الجريمة ، ومحكمة هذه الجهة هى المحكمة المختصة بالنظر فى التبديد . فإذا فرض أن المبدد وقت أن باع كان فى بلد غير البلد الذى كان فيه المشترى ، فإن المحكمة المختصة تكون محكمة هذا البلد أو ذلك تبعاً للمذهب الذى يؤخذ به . وهذا المذهب هو الذى يعين أيضاً وقت تمام العقد .

١٢٨ — *القوانين الأجنبية* : وتأخذ بعض التقنينات الأجنبية الحديثة بمذهب العلم بالقبول . أخذ به التقنين الألمانى (م ١٣٠) ؛ والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢ فقرة أولى) ، والتقنين التجارى الإيطالى (م ٣٦) ، والتقنين الإسبانى (م ٢٦٢ فقرة ثانية).

ويأخذ تقنين الالتزامات السويسرى بمذهب تصدير القبول (م ١٠) . ويأخذ التقنين المدنى السورى الجديد بمذهب إعلان القبول . فقد نصت المادة ٩٨ من هذا التقنين على أنه « يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين صدر

---

(١) [وقد قضت محكمة مصر الكلية فى هذا المعنى بأن العقد بين الغائبين يعتبر قد تم فى الخارج إذا صدر القبول فى مصر ولكن الموجب علم به فى فرنسا ، وذلك تطبيقاً للمادة ٩٧ مدنى ، وينبنى على ذلك عدم اختصاص المحاكم المصرية بالمنازعة فيه (مصر الكلية ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٥ ص ٥٦١ — عز الدين عبد الله فى تنازع القوانين ص ٥٩٢] .

فيهما القبول ، ما لم يوجــد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك » . ونجد هنا أحد الفروق القليلة بين القانونين السورى والمصرى[1] .

أما فى فرنسا حيث لا يوجد نص تشريعى ، فالقضاء منقسم بين مذهبى إعلان القبول والعلم بالقبول . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بأن تحديد وقت تمام العقد ومكانه مسألة يرجع فيها إلى نية المتعاقدين ، وهى مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها[2] .

ب — أحكام القانون المصري

١٢٩ — التقنين القديم : لم يشتمل التقنين القــديم على نص تشريعى فى هذا الموضوع . فانقسم القضاء فيه ، سواء فى ذلك القضاء الوطنى أو القضاء المختلط .

أما القضاء الوطنى فكان يميل إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول فى المسائل المدنية على الأقل[3] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون السورى الجديد فى هــذا الصدد ما يأتى : « واشتمل القسم الأول من المشروع على الالتزامات ، فبين فى الباب الأول من الكتاب الأول قواعدها بوجه عام وعدد مصادرها وفصل أحكام العقــد وأركانه وآثاره وانحلاله ، وهى قواعد أخذت بجملتها من القانون المصرى ، فيما عدا العقود بالمراسلة ، فقد أخذت من قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، فأصبح العقد بالمراسلة يتم بمجرد إعلان القبول وفى مكان الإعلان ، وذلك لكثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضى المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية فى هــذا الموضوع بين البلدين لئلا يقع تنازع بين قانونيهما يؤدى إلى الإضرار بحقوق ذوى العلاقة » (المذكرة الايضاحية للقانون المدنى السورى ص ١١) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ١٦ يونيه سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٤ — ١ — ٢٢٩ — وفى ٢٩ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ١٧٦ . وهذان الحكمان يتعلقان بزمان العقد . وهناك حكمان آخران يتعلقان بمكان العقــد : ٦ أغسطس سنة ١٨٦٧ داللوز ٦٨ — ١ — ٣٥ وفى أول ديسمبر سنة ١٨٧٥ داللوز ٧٧ — ١ — ٤٥٠ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد لا يتم ، خصوصاً فى المواد المدنية ، طالما أن قبول الشخص الذى عرض عليه الإيجاب لم يصــل لعلم العارض (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ١٨٣) . وانظر أيضاً فى هــذا المعنى محكمة استئناف مصر فى أول فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٤٦١ ص ١٠٣٠ . ولكن هناك حكماً قضى بأن التعاقد بالمراسلة يعتبر حاصلا من وقت وضع كتاب القبول فى صندوق البريد (دمياط الجزئية فى ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥١) ، فهو قد أخذ بمذهب تصدير القبول .

وانقسم القضاء المختلط بين مذهبي العلم والإعلان[١].

وبقي الفقه في مصر حائراً حيرة القضاء. ولكنه اتجه أخيراً إلى الأخذ بمذهب العلم بالقبول[٢].

---

(١) فهناك أحكام قضت بأن العقد لا يتم إلا إذا علم الموجب بالقبول، وقبل هذا العلم يجوز للموجب أن يرجع في إيجابه كما يجوز لمن صدر منه القبول أن يعدل عن قبوله (محكمة الاستئناف المختلطة في ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ — وفي ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٧ — وفي ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦ — محكمة الاسكندرية الجزئية المختلطة في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ ص ٣٥ — محكمة الاسكندرية التجارية المختلطة في ١٩ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ ص ٣٤ — وفي ٣ مارس سنة ١٩٢٤ جازيت ١٥ ص ٢٦ — وفي ٣ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠). وهناك أحكام أخرى قضت بأن العقد يتم بإعلان القبول (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٣ — وفي ١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٧٩ — وفي ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٧ — محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٩ ص ٢٥٦ — وفي ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٥٩ ص ١٥٠). وهناك طائفة ثالثة من الأحكام تأخذ بمذهب تصدير القبول (استئناف مختلط في ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٠١ — وفي ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٤ — وفي ٥ أبريل سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٩١).

(٢) ومن ذلك ما جاء بنظرية العقد للمؤلف: «يشعر المستعرض للحلول المتقدمة بشيء من الحيرة إذا أراد أن يختار منها حلا يرتضيه، وذلك لتعدد هذه الحلول وذهاب كل منها إلى وجهة من النظر تختلف عن الأخرى، وانقسام الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا، وتباين التشريعات الحديثة والقوانين المختلفة في هذا الموضوع. ولكن المتأمل في المسألة لا يسعه إلا أن يماشي محكمة النقض الفرنسية في رأيها من أن الأمر يرجع قبل كل شيء إلى نية المتعاقدين. بل هو يرجع في الواقع إلى إرادة الموجب، فهو الذي أنشأ العقد ابتداء بإيجابه ورسم حدوده، وليس القبول إلا موافقة تامة للإيجاب. فالموجب إذن هو الذي يبين متى يريد أن يتم العقد وأين يتم. أما التشريعات التي وردت فيها نصوص تتعرض للمسألة، فلا نظنها موفقة في ذلك. والنص التشريعي الصالح في نظرنا هو الذي يقضي باتباع إرادة الموجب، فإذا غمضت هذه الإرادة ولم يمكن الاهتداء إليها بوضوح فهنا نلجأ إلى الافتراض. والمن فرض في تفسير إرادة الموجب أن يفرض ما هو في صالحه، والأصلح ألا يتم العقد إلا عند علمه بالقبول. فنحن نأخذ إذن بنظرية العلم بالقبول. ولكن لا نأخذ بها اعتباطاً. ولا للأسباب التي تذكر عادة في تأييدها، بل نأخذ بها لأنها تتفرع عن المبدأ الأساسي الذي قررناه من أن العبرة بإرادة الموجب، فإذا لم تتبين له إرادة فرضنا ما هو في مصلحته. فإذا كان لنا أن نقترح إدخال تعديل في التشريع المصري في هذا الصدد، فنحن نرى أن يضاف إلى القانون المصري نص في هذا المعنى يقضي بأنه لمعرفة الوقت والمكان اللذين يتم فيهما العقد بالمراسلة يرجع إلى نية المتعاقدين، وهذه تحددها إرادة الموجب. فإذا لم يمكن الاهتداء إلى معرفة هذه الارادة فيفرض أن الموجب قد أراد أن يتم العقد عند علمه بالقبول. مثل هذا النص يضع قرينة قانونية تفسر بمقتضاه إرادة الموجب الغامضة. ولا بأس من إضافة قرينة قانونية أخرى يفرض بمقتضاها أن الموجب قد علم بالقبول بمجرد استلامه له، وإن كان له أن يثبت عكس ذلك. فخلاصة الرأي الذي نذهب إليه هو الأخذ بإرادة الموجب =

١٣٠ — التقنين الجديد : أما التقنين الجديد فقد حسم هـذا الخلاف الطويل بنصوص تشريعية واضحة ، أخذ فيها بمذهب العلم بالقبول . فهو قد وضع المبدأ الأساسى فى تعيين الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره ، فنص فى المـادة ٩١ على أنه « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصـل فيه بعلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » . وقد مر الكلام فى هذا النص . ثم طبق هذا المبدأ فى نص خاص بالتعاقد فيما بين الغائبين . فقضت المادة ٩٧ بما يأتى :

« ١ — يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المـكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك » .

« ٢ — ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المـكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول[1] .

ويتبين من هذا النص أن التقنين الجـديد ترك تعيين المـكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد فيما بين الغائبين إلى اتفاق المتعاقدين . وتحديد ما إذا كان المتعاقدان قد اتفقا على شىء فى هذا الصدد وما هو الشىء الذى اتفقا عليه يعتبر من المسائل الموضوعية ، فلا رقابة فيه لمحـكمة النقض .

= الصريحة أو الضمنية ، وإلا فبإرادة الموجب المفروضة ، وهذه الارادة المفروضة هى التى تتفق مع نظرية العلم بالقبول ، على أن يكون استلام القبول قرينة قابلة لإثبات العكس على حصول العلم » (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٠٤ — فقرة ٣٠٥) .

أنظر أيضاً فى الفقه المصرى الذى أخذ بمذهب العلم بالقبول الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١١١ — ص ١١٢ والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ص ٨٩ .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى التقنين الجديد مع اختلاف لفظى طفيف . ووافقت عليه لجنة المراجعة بتعديل لفظى ، وأصبح رقم المادة ٩٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم ٩٧ مع إدخال تعديلات لفظية طفيفة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٥٢ — ص ٥٥) .

واظر أيضاً المادة ٢ فقرة أولى من المشروع الفرنسى الإيطالى .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٩٨ (نظرية الاعلان) — الليبى م ٩٧ (مطابق) — العراقى م ٨٧ (مطابق) — اللبنانى م ١٨٤ (نظرية الإعلان) .

أما إذا لم يتفق المتعاقدان على شيء ولم يوجد نص قانونى خاص ، فيعتبر العقد قد تم فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول . وهذا هو مذهب العلم بالقبول أخذ به التقنين الجديد فى صراحة ووضوح . وهو فى هذا لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسى الذى سبقت الإشارة إليه من أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا فى الوقت الذى تتصل فيه بعلم من وجهت إليه ، أى بعلم الموجب . ومن أجل ذلك يجب تفسير الفقرة الثانية من المادة ٩٧ على أن الحكم الذى أوردته ليس إلا تطبيقاً لهذا المبدأ . فيكون وصول القبول قرينة على العلم به . وهى قرينة قانونية لأنها وردت فى نص قانونى ، ولكنها قرينة غير قاطعة ، فيجوز إثبات العكس . وإذا كان النص لم يصرح بجواز إثبات العكس ، فإن هذا مفهوم من الرجوع إلى المبدأ الأساسى الذى ورد فى العبارة الأخيرة من المادة ٩١ ، وهى تقضى بأن وصول التعبير عن الإرادة يعتبر « قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » — وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٩٧ ليست إلا تطبيقاً لهذا المبدأ الأساسى ، فينبغى أن تفسر على مقتضاه[١] .

وقد تقضى النصوص القانونية فى حالات خاصة ، كما قدمنا ، بتعيين المكان والزمان اللذين يتم فيهما العقد على غير الوجه المتقدم ، فتتبع هذه النصوص . مثل ذلك ما ورد فى المادة ٥٩٩ من تجدد الإيجار تجدداً ضمنياً ببقاء المستأجر فى العين المؤجرة بعد انتهاء الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراض منه ، فيتم التجديد ببقاء المستأجر فى العين دون حاجة إلى أن يعلم

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن ذهاب الطاعن قبل نهاية الأجل (المحدد فى الإيجاب) إلى محل إقامة المطعون عليه (الموجب) ومقابلة ابن هذا الأخير وإبداء رغبته له فى الشراء واستعداده لدفع الثمن يعتبر قرينة على علم المطعون عليه بالقبول ، ويقع على عاتقه عبء نفى هذه القرينة (نقض مدنى ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص ٨٣٤) .

أنظر أيضاً فى هذا المعنى : حشمت أبو ستيت نظرية الالتزام طبعة سنة ١٩٥٤ فقرة ١١٦ ص ١١١ — سليمان مرقس مصادر الالتزام فقرة ١٠٧ ص ١٣٩ — أنور سلطان مصادر الالتزام فقرة ١١٣ ص ١٣٤ — عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام ص ١٢٨ — عبد الحى حجازى مصادر الالتزام ص ٥٤٤ وهو يشير إلى أن علم الموجب بوصول القبول إذا كان راجعاً إلى تقصيره فإن ذلك يعتبر فى مقام العلم وهو ما تنص عليه صراحة المادة ١٣٣٥ من التقنين المدنى الإيطالى] .

بأن المؤجر لا يعترض على هذا البقاء(١) .

المطلب الثالث

مرحلة تمهيدية فى التعاقد

(الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى والعربون)

١٣١ — تعاقد غير نهائى : عالجنا فيما قدمناه كيف يتم التعاقد ، ووصلنا فى ذلك إلى مرحلته النهائية ، فرأينا كيف يتم العقد على نحو بات نهائى . ولكن قد يسبق مرحلة

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « تتضمن التشريعات المختلفة أحكاماً جد متباينة بشأن تعيين زمان التعاقد بالمراسلة ومكانه . وقد اختار المشروع مذهب العلم بالقبول . ولم يجعل من الرد بالقبول (المراد هو وصول القبول) سوى لاينة بسيطة (المراد قرينة قابلة لإثبات العكس) على حصول العلم به . وبديهى أن هذا الحكم قد يسرى حيث تنصرف نية المتعاقدين إلى مخالفته صراحة أو ضمناً ، أوحيث يقضى القانون بالعدول عنه إلى حكم آخر، كما هى الحال بالنسبة للسكوت أو التنفيذ الاختيارى (وكان المشروع التمهيدى يشتمل على نص فى التنفيذ الاختيارى كما قدمنا) اللذين ينزلهما القانون منزلة القبول ، ولعل مذهب العلم هو أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الموجب . ذلك أن الموجب هو الذى يبتدىء التعاقد ، فهو الذى يحدد مضمونه ويعين شروطه . فمن الطبيعى والحال هذه أن يتولى تحديد زمان العقد ومكانه . ومن العدل ، إذا لم يفعل ، أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على مايخالف ذلك . وبعد ، فمذهب العلم هو الذى يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضى بأن التعبير عن الإرادة لاينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه — أنظر الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ من المشروع — ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيراً عن الإرادة لا يصبح نهائياً إلا فى الوقت الذى يستطيع فيه الموجب أن يعلم به ، ولايعتبر التعاقد تاماً إلا فى هذا الوقت . ولم يستقر القضاء المصرى على رأى معين فى هذا الصدد . فقد اختارت محكمة الاستئناف الأهلية مذهب العلم ، وبوجه خاص فى المسائل المدنية (٢٦ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ ص ١٨٣) . أما محكمة الاستئناف المختلطة فقضاؤها موزع بين مذهب العلم (٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٥٧ — ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٦) وبين مذهب الإعلان (١٣ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٧٩ — ٩ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٢٧) . وليس ثمة شك فى أن هذا المذهب الأخير هو أنسب المذاهب فى المسائل التجارية . على أن مذهب الإصدار (التصدير) قد رددت صداه بعض أحكام القضاء المختلط والقضاء الأهلى (استئناف مختلط فى ٦ مايو سنة ١٩٢٥ م ٧٣ ص ٤٠١ — دمياط ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢٥١) . ولم تتح لمحكمة النقض حتى اليوم فرصة للفصل فى هذه المسألة . وغنى عن البيان أن النص الذى اختاره المشروع يقضى على هذا الخلاف بأسره » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣ — ص ٥٤) .

التعاقد النهائى مرحلة تمهيدية تؤدى على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية . وأبرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى والعربون .

§ ١ — الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى (*)

(Promesse de contrat — Contrat préliminaire)
(Avant - contrat)

١٣٢ — *الصور العملية للوعد بالتعاقد وللاتفاق الابتدائى* : الوعد بالتعاقد كثير الوقوع فى الحياة العملية : يتوقع شخص حاجته فى المستقبل إلى أرض بجوار مصنعه أو منزله ، أو هو الآن فى حاجة إليها ولكن لا يستطيع شراءها فوراً ، فيكتفى بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته فى الشراء فى مدة معينة ، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر .

يقوم المستأجر بإصلاحات هامة فى العين المؤجرة ، ويحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب شراءها فى خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً . يعد المالك من تسلم الشىء بشرط مذاقه أن يبيعه إياه إذا هو أعلن رغبته فى الشراء فى مدة معينة . وهذا ما يسمى ببيع المذاق (م ٤٢٢) . يؤجر المالك العين ويشترط على المستأجر أن يشتريها إذا هو أبدى رغبته فى البيع فى خلال مدة الإيجار ، وهذا هو الوعد بالشراء يقابل الوعد بالبيع فى الصور المتقدمة . يفتح مصرف حساباً جارياً لعميل قبل أن يقرضه شيئاً ، فيكون هذا وعداً من المصرف بالإقراض عندما يريد العميل

(*) بعض المراجع : ديموج ٢ فقرة ٤٦٣ وما بعدها — لديك (Leduc) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — ديشان (Deschamps)، رسالة من باريس سنة ١٩١١ — ساباتييه (Sabatier) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٦ — كوهرييه (Coherier) رسالة من بواتييه سنة ١٩٣٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٣٤٢ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٥٩ وما بعدها — حلمى بهجت بدوى فقرة ٦٧ — [حشمت أبو ستيت طبعة سنة ١٩٥٤ فقرة ١٠١ ص ٩٨ — سليمان مرقس مصادر الالتزام سنة ١٩٦٠ فقرة ١١٠ ص ١٤٢ — أنور سلطان مصادر الالتزام فقرة ٩٧ ص ١١٥ — عبد الحى حجازى مصادر الالتزام ص ٣٧٧ — عبد المنعم فرج الصدة مصادر الالتزام فقرة ١٠٤ ص ١٢٩ — جلال العدوى مبادىء الالتزامات ص ١٥٢] .

أن يقترض . ويلاحظ فى كل هذه الصــور — الوعد بالبيع والوعد بالشراء والوعد بالإقراض — أن العقد ملزم لجانب واحد هو الواعد ، أما الموعود له فلم يلتزم بشىء .

على أن هناك صوراً أخرى للوعد بالتعاقد يكون فيها ملزماً للجانبين : يريد شخصان التعاقد ولـكنهما لا يستطيعان ذلك فوراً . يمنعهما من ذلك مثلاً إجراءات لا بد منها فى إبرام العقد النهائى كاستخراج مستندات ضرورية أو الحصــول على إذن من المحـكمة الشرعية أو المحـكمة الحسبية أو نحو ذلك . أو يمنعهما ضرورة الـكشف عن العقــار لتبين ما عسى أن يثقله من الحقوق العينية . أو يمنعهما أن هناك مصروفات كثيرة يقتضيها إبرام العقد النهائى وشهره وهما لا يستطيعان الاضطلاع بها فى الحــال[1] . هذه بعض أمثلة من الموانع التى تحول دون إبرام العقد النهائى فوراً . ولـكن المتعــاقدين قد قرر قرارهما على إبرام العقد ، ويريدان التقيد به منذ الآن ، فيمضيان اتفاقاً ابتدائياً يعد كل منهما فيه الآخر بأن يمضى العقد النهائى فى مدة تعين فى الاتفاق . وهذا هو الاتفاق الابتدائى . وهو وعد بالتعاقد ، ولـكنه وعد ملزم للجانبين .

ولننظر الآن كيف ينعقد الوعد بالتعــاقد ، فى صورتيه الملزمة لجــانب واحد والملزمة للجانبين ، وما الذى يترتب عليه من الآثار .

١ — كيف ينعقد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى

١٣٣ — الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائى : الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائى عقد ، كامل لا مجرد إيجاب . ولـكنه عقد تمهيدى لا عقد نهائى . وعلى هذين الأساسـين ترتكز كل القواعد التى سنقررها فى هذا الموضوع .

---

(١) ويقع كثيراً فى بعض هذه الصور أن المتعاقدين يقصدان أن يكون العقد المبرم عقداً نهائياً ، ويسميانه مع ذلك عقداً ابتدائياً . والعبرة فى ذلك بنية المتعاقدين (أنظر المشروع فى لجنة المراجعة : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧) .

وأول ما يستخلص من ذلك أن الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائى ، وسط بين الإيجاب والتعاقد النهائى . وبيان هذا أن الواعد بالتعاقد — بالبيع مثلاً — يلتزم بأن يبيع الشىء الموعود ببيعه إذا أبدى الطرف الآخر رغبته فى الشراء . وهذا أكثر من إيجاب ، لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد كامل . ولكن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصبّ إلا على مجرد الوعد بالبيع — أو على بيع تمهيدى فى حالة الاتفاق الابتدائى — ولذلك يكون الوعد بالتعاقد ، وكذلك الاتفاق الابتدائى ، مرحلة دون التعاقد النهائى ، وهو خطوة نحوه .

١٣٤ — ما الذى يجب الاتفاق عليه فى الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى :

تنص الفقرة الأولى من المادة ١٠١ من القانون المدنى الجديد على أن « الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها »[1] . وهذا الحكم

---

(١) تاريخ النص : وردت المادة ١٠١ بفقرتيها فى المشروع التمهيدى (م ١٥٠) على الوجه الآتى : « ١ — الاتفاق الابتدائى الذى يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب أن يتم فيها العقد . ٢ — إذا اشترط القانون لصحة العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الابتدائى الذى يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته على الوجه الآتى : « ١ — الاتفاق الابتدائى الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين و المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها . ٢ — وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » . وأصبح رقم المادة ١٠٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استفهم عما هو مقصود بالشكل المعين ، فأجيب أن المقصود بالشكل هى الرسمية فى عرف الفقه والقضاء ، فمثلا عقد الهبة لا يتم إلا إذا كتب فى ورقة رسمية طبقاً للأوضاع المقررة ، فالوعد بالهبة لا يتم هو أيضاً إلا إذا كتب فى ورقة رسمية ، وهذا هو مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٣ . (ملاحظة من المؤلف : الشكلية أوسع من الرسمية ، فعقد الشركة فى القانون الجديد يجب أن يكون مكتوباً (م ٥٠٧) وليس من الضرورى أن يكون مكتوباً فى ورقة رسمية ، فهو عقد شكلى دون أن يكون عقداً رسمياً ويترتب على ذلك أن الوعد بالشركة يجب أن يكون مكتوباً كعقد الشركة ذاته) . واعترض أمام لجنة القانون المدنى على كلمة « ابتدائى » الواردة فى النص ، إذ هى قد تحدث لبساً ، لأن العمل قد=

نتيجة منطقية من أن كلا من الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتـدائى هو خطوة نحو التعاقد النهائى ، فوجب أن يكون السبيل مهيأ لإبرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له فى الوعد بالتعاقد الملزم لجـانب واحد ، أو بمجرد حلول الميعاد فى الاتفاق الابتـدائى الملزم للجانبين .

والمسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه هى أركان هـذا العقد . فإن كان بيعاً وجب أن يتفق الطرفان على المبيع والثمن[1] . وإن كان شركة وجب أن يتفقا على المشروع المالى الذى تكونت من أجله الشركة وعلى حصـة كل شريك . وإن كان مقايضة وجب أن يتفقا على الشيئين اللذين يقع فيهما التقايض ؛ وهكذا . فإذا لم يتم الاتفاق على جميـع هذه المسائل ، فإن الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لا ينعقدان .

وتعيين المدة التى يجب فى خلالها إبرام العقد الموعود به ضرورى أيضاً لانعقاد الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى. وهذا التعيين قد يقع صراحة على مدة محددة أوقابلة للتحديد ، وقد يقع دلالة كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدى تنفيذه بعد فوات وقت معين ، فهذا الوقت هو المدة التى يجب فى خلالها إبرام هذا العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكان فى عناصر القضـية ما ينهض لتحديد هذه المدة ، جاز الوعد

= جرى على اعتبار العقود الابتدائية عقوداً نهائية ، فوافقت اللجنة على حذف الـكلمة دفعاً للبس . ثم وافقت اللجنة ووافق مجلس الشيوخ على النص تحت رقم ١٠١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٢ — ص ٧٦) . وانظر المادة ٢٢ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٦٢ من قانون الالتزامات البولونى .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٢ (مطابق) — الليبى م ١٠١ (مطابق) — العراقى م ٩١ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل .

(١) وقدقضت محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع التى يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانعقاده ، وما يجريه قاضى الموضوع من هذا التثبت — فى دعوى صحة التعاقد — يجب عليه أن يورده فى أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لم يغفل أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، وليمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بحقها فى الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين طرفيه وبالترخيص بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد فى نقل الملكية مجهلا فيه ركن الثمن المقول بان البيع تم على أساسه ، فإنه يكون مشوباً بقصور أسبابه ، متعيناً نقضه (نقض مدنى فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ ص ١١٣) .

بالتعاقد والاتفاق الابتدائى لأن المدة هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان على تحديدها تكفل القاضى بذلك .

١٣٥ — الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى فى العقود الشكلية : وإذا كان العقد الموعود به عقداً شكلياً ، كالهبة والرهن الرسمى والشركة ، فإن الشكل الذى يعتبر ركناً فيه — ورقة رسمية أو ورقة مكتوبة — يعتبر أيضاً ركناً فى الوعد بالتعاقد وفى الاتفاق الابتدائى . وهـذا ما تقضى به صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٠١ ، فهى تنص على أنه « إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد »[1] .

فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد أو الاتفاق الابتدائى الشكل المطلوب وقع باطلا[2] . فالوعد بالرهن الرسمى إذا لم يفرغ فى ورقة رسمية كان باطلا ، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذاً عينياً بأن يجبر على إبرام الرهن الرسمى ، لأن هـذا يقتضى تدخلا شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الرهن ، وإجباره على هذا التدخل الشخصى ممتنع[3] . ولا يجوز كذلك أن يقوم الحكم على الواعد بالتنفيذ مقام الرهن الرسمى لأن الوعد بالرهن باطل كما قدمنا ، ولأنه لو جاز ذلك لأمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام رهن رسمى دون ورقة رسمية ، إذ يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمى يصلان به إلى حكم يقوم مقام الرهن الرسمى .

ولكن يجوز أن يؤدى الوعد بالرهن الرسمى غير المفرغ فى ورقة رسمية إلى النتيجة

---

(١) أنظر هامش فقرة ١٣٤ فى تاريخ هذا النص وفيما يقابله من التقنينات المدنية العربية الأخرى . [وأنظر تطبيقاً لهذا النص بالنسبة إلى عقد الهبة فى المادة ٤٩٠ مدنى] .

(٢) ويلاحظ أن العقد إذا كان رضائياً ، فان الوعد بهذا العقد يكون رضائياً مثله ، حتى لو اشترط المتعاقدان عند الوعد بالتعاقد أن يكون العقد النهائى مكتوباً فى ورقة رسمية . ذلك أن الرسمية المطلوبة فى العقد النهائى قد اشترطها المتعاقدان ولم يشترطها القانون ، فالعقد الموعود به هو فى أصله عقد رضائى لا عقد شكلى .

(٣) [سليمان مرقس فقرة ١١٤ ص ١٥٠ — أنور سلطان فقرة ١٠٠ ص ١١٨ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٠٦ ص ١٣٢] .

الآتية : يعتبر عقداً غير معين[1] تم بإيجاب وقبول وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، ورتب التزاماً شخصياً فى ذمة الواعد . ولما كان هذا الالتزام يتعذر تنفيذه عينا ، فلا يبقى إلا التعويض يحكم به على الواعد ، ويجوز أن يؤخذ به حق اختصاص فيؤدى عملا إلى نتيجة قريبة من الرهن الرسمى . كما يجوز الحكم بسقوط أجل القرض الذى كان يراد ضمانه بالرهن ، وأخذ حق اختصاص بمبلغ القرض[2].

---

(١) [ويمكن تخريج ذلك على أن العقد الباطل قد تحول إلى عقد صحيح غير مسمى طبقاً للمادة ١٤٤ مدنى : أنظر جلال العدوى مبادىء الالتزامات ص ١٥٢] .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يتناول النص حكم الوعد بالتعاقد سواء فيما يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد . ويشترط لصحة مثل هذا الاتفاق التمهيدى تحديد المسائل الأساسية فى التعاقد والمدة التى يتم فيها . أما فيما يتعلق بالشكل فلايشترط وضع خاص — على نقيض التقنين البولونى فهو يشترط الكتابة إطلاقا فى المادة ٦٢ فقرة ٢ — إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين ، ففى هذه الحالة ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدى نفسه . ويوجه هذا النظر أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون ، ما دام أن الوعد قد يؤدى إلى إتمام التعاقد المراد عقده فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفى لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدرا حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها . ومع ذلك فالوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلواً من أى أثر قانونى إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٧٣ — ٧٥) .

هذا وينتقد الدكتور أبو عافية فى رسالته (التصرف القانونى المجرد نسخة فرنسية ص ٦٠ وما بعدها) القانون الجديد فى أنه جعل الوعد بالعقد الشكلى — إذا لم يفرغ فى الشكل المطلوب — باطلا . وهو يرى وجوب التمييز فى هذا الصدد بين ما إذا كان الشكل قد فرضه القانون لمصلحة العاقدين فيكون الوعد فى هذه الحالة باطلا ، أو فرض لمصلحة الغير حماية لهم من الغش وإبرازاً لإرادة المتعاقدين فيكون الوعد فى هذه الحالة صحيحاً (أنظر فى هذا المعنى قانون الالتزامات السويسرى م ٢٢ فقرة ٢) . ويستند فى ذلك إلى أن القانون هو الذى فرض الشكل وهو الذى يعين جزاءه ، فينبغى أن يكون هذا الجزاء مرناً يتلاءم مع الظروف فى كل حالة ما دام الشكل أمراً خارجاً عن الإرادة ولا يغنى عنها .

ونحن نسلم مع الدكتور أبو عافية بأن الشكل فى القانون الحديث وظيفته خارجية لا داخلية ، وأنه لا يغنى عن وجود الإرادة . وعلى هذا الأساس يكون الشكل من صنع القانون ، وهو الذى يعين له الجزاء الكافى فى حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا ترد عليه الإجازة ، وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ جديد) ، وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل=

١٣٦ — شروط الانعقاد والصحة فى العقد الموعود به ومتى تراعى فى الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى : ولما كان الوعد هو خطوة نحو العقد النهائى ، فإن شروط هذا العقد من حيث الانعقاد والصحة قد تكون مطلوبة فى عقد الوعد ذاته . ذلك أنه ، كما قدمنا ، لا يحول فى الوعد دون الوصول إلى العقد النهائى إلا ظهور رغبة الموعود له إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، أو حلول الميعاد لإبرام العقد النهائى إذا كان الوعد ملزماً للجانبين (أى اتفاقاً ابتدائياً) .

ويترتب على ذلك أن الوعد إذا كان ملزماً للجانبين ، فإن الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائى فى كل من الطرفين تكون مطلوبة أيضاً فى الاتفاق الابتدائى . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد ، فتقدر الأهلية بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد ، فيجب أن يكون أهلا للتعاقد النهائى فى هذا الوقت حتى لو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائى بأن حجر عليه مثلا[1] . وعيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد تقدر وقت الوعد أيضاً لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ أن التعاقد النهائى يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له . أما

—— أن يستكمل ، وأن يحتج به فى فرض دون فرض كما فى شركات التضامن والتوصية . بل إن هذا هو أيضاً شأن الشكل ذى الوظيفة الداخلية — كما كان الأمر فى القانون الرومانى — إذ القانون استقل هنا كذلك بصنم الشكل ، وأمعن فى ذلك إلى حد أن استغنى به عن الإرادة .

فإذا رأى المشرع أن يجعل الوعد بالعقد الشكلى شكلياً مثله ، وأن يرتب على الإخلال بهذا الشكل بطلان الوعد — دون تفرقة بين ما إذا كان الشكل لمصلحة المتعاقدين أو لمصلحة الغير وهى تفرقة تدق فى كثير من الأحيان — فله ذلك . وهو لا يخل فى هذا بسلطان الإرادة ما دام قد ميز الوعد بالعقد وارتفع به عن محض اتفاق ملزم إلى جعله سبيلا للوصول إلى العقد الكامل عن طريق حكم قضائى . إذ لا يجوز فى طبيعة الأشياء أن الوعد بعقد شكلى يؤدى مباشرة إلى هذا العقد الشكلى ما لم يكن الوعد ذاته مفرغاً فى الشكل المطلوب ، وإلا جاز دائماً التحايل على الشكل .

ولكن لا يجوز للمشرع ، من ناحية مبدأ سلطان الإرادة ، أن ينكر على أى وعد قوته الملزمة حتى لو لم يفرغ فى الشكل المطلوب ، لا باعتبار أنه وعد بعقد معين ، بل على أساس أنه اتفاق غير مسمى ، وهو ملزم على كل حال . وإنما يجب على المشرع أن ينكر على هذا الاتفاق أن يؤدى مباشرة إلى العقد الشكلى الكامل ما لم يكن مفرغاً فى الشكل المطلوب . وهذا هو ما قررته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وهو ما انتقده الدكتور أبو عافية فى رسالته دون نظر إلى الاعتبارات التى قدمناها .

(١) ويشترط طبعاً ألا يقع أى تعديل فيما التزم به الواعد وقت الوعد (أنظر فى هذا المعنى ديموج ٢ فقرة ٥٢١ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٤٥) .

أهلية الموعود له فتقدر وقت التعاقد النهائى لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته ، ذلك لأنه لا يلتزم بشىء وقت الوعد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائى . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهليـة التعاقد — أى التمييز — وقت الوعد لأن الوعد عقد كامل كما قدمنا وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتقدر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت التعاقد النهائى معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء فى كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاؤه فى كل منهما صحيحاً .

وسواء كان الوعد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً للجانبين فإن مشروعية المحل والسبب يكفى توافرها وقت التعاقد النهائى ، حتى إذا لم تكن متوافرة وقت الوعد .

ب — الآثار التى تترتب على الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائى

١٣٧ — مرحلتان يفصلهما حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : إذا انعقد الوعـد صحيحاً على النحو الذى قدمناه ، فإن الأثر الذى يترتب عليه يجب أن نميز فيـه بين مرحلتين . فإذا كان الوعد ملزما للجانبين (اتفاقاً ابتدائياً) فإن حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائى هو الذى يفصـل ما بين هاتين المرحلتين . أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فان الذى يفصل بينهما هو ظهور رغبة الموعود له فى التعاقد النهائى .

١٣٨ — قبل حلول الميعاد أو ظهور الرغبة : ففى المرحـلة التى تسبق حلول الميعاد أو ظهور الرغبة لا يكسب الوعد إلا حقوقاً شخصية ولا يرتب إلا التزامات ، حتى لو كان التعاقد النهائى من شأنه أن ينقل حقا عينيا كما فى البيع .

يتبين ذلك فى الاتفاق الابتدائى (الوعـد الملزم للجانبين) ، فإن كلا من الطرفين يكون ملزماً ، فى المرحلة التى تسبق حلول الميعاد المضروب لإبرام العقد النهائى ، بإبرام هذا العقد عند حلول الميعاد ، وهذا التزام بعمل . ويتبين ذلك أيضاً فى الوعد الملزم لجانب واحد ، فإن الواعد وحده يترتب فى ذمته التزام شخصى أن يقوم بوعده عند ظهور رغبة الموعود له ، وهذا أيضا هو التزام بعمل ، أما الموعود له فلا يلتزم بشىء .

فإذا كان العقد النهائى المراد إبرامه هو عقد بيع ، وتم اتفاق ابتدائى ملزم لجانب واحد ، فإن الموعود له بالبيع فى الحالتين لا يكسب فى هذه المرحلة إلا حقاً شخصياً فى ذمة الواعد ، ولا تنتقل إليه ملكية الشىء الموعود ببيعه . ويترتب على ذلك أمران لا يخلوان من أهمية عملية :

(أولا) يبقى الواعد مالكا للشىء . فله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائى ، ويسرى تصرف الواعد فى حق الموعود له متى توافرت الشروط المتعلقة بالشهر بالنسبة إلى العقار . فإذا باع العين وسجل البيع ، فليس للموعود له إلا الرجوع بتعويض على الواعد .

(ثانياً) إذا هلك الشىء قضاء وقدراً تحمل الواعد تبعة هلاكه ، لا لأنه لم يسلمه إلى المتعاقد الآخر فحسب كما فى العقد النهائى ، بل أيضا لأنه لا يزال المالك . ولكنه لا يكون مسئولا عن الضمان نحو الموعود له اذ المفروض أن الشىء قد هلك قضاء وقدراً[١] .

١٣٩ — *بعد حلول الميعاد أو ظهور الرغبة* : أما المرحلة الثانية فتحل ، فى الاتفاق الابتدائى الملزم للجانبين ، بحلول الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائى . فإذا حل هذا الميعاد التزم كل من الطرفين بإجراء العقد النهائى ، وجاز إجباره على التنفيذ عيناً على النحو الذى سنبينه فيما يلى . ومتى وقع التعاقد النهائى التزم كل من المتعاقدين بأحكامه[٢] .

---

(١) وكهلاك الشىء نزع ملكيته ، يتحمل الواعد تبعته ، ولكن لا يكون مسئولا عن الضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه لايجوز بحال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بعض العين للمنفعة العامة ، لأن نزع ملكية المبيع يجرى عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتما على المالك ، وبحكم اللزوم العقلى لايضمن عنه الواعد بالبيع (نقض مدنى فى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٤ ص ٢٤٠) .

(٢) وإذا اختلف العقد النهائى عن الاتفاق الابتدائى فالعبرة بالعقد النهائى فهو الذى تم عليه الاتفاق نهائياً . وقد قضت محكمة النقض ، تطبيقاً لهذه القاعدة ، بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفى التعاقد توطئة لمعرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائى دون العقد النهائى الذى اختلفت شروطه عن العقد الابتدائى وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذى يكون هو قانون المتعاقدين (نقض مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٢) .

وتحل المرحلة الثانية فى الوعد الملزم لجانب واحد بظهور رغبة الموعود له فى إبرام العقد الموعود به وذلك فى خلال المدة المتفق عليها . فإذا لم تظهر هذه الرغبة قبل انقضاء المدة سقط الوعد بالتعاقد[١]. أما إذا ظهرت ، صراحة أو ضمنا كأن تصرف الموعود له فى الشيء الموعود ببيعه إياه ، فإن التعاقد النهائى يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة ولا حاجة لرضاء جديد من الواعد[٢]. ويعتبر التعاقد النهائى قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد .

وإذا اقتضى إبرام العقد النهائى تدخلا شخصياً من الواعد ، فى حالتى الوعد الملزم للجانبين والوعد الملزم لجانب واحد ، كما إذا كان هذا العقد بيعاً واقعاً على عقار ولزم التصديق على إمضاء البائع تمهيداً للتسجيل ، فامتنع البائع عن ذلك ، جاز استصدار حكم ضده ، وقام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى مقام عقد البيع ، فإذا سجل انتقلت ملكية العقار إلى المشترى . ويستثنى من هذه القاعدة العقد الشكلى إذا لم يكن الوعد به قد استوفى الشكل المطلوب ، فقد قدمنا أن الحكم فيه لا يقوم مقام العقد ، بل يقتصر القاضى على الحكم بالتعويض . أما إذا كان الوعد بعقد شكلى قد استوفى الشكل الواجب فإن الحكم فى هذه الحالة يقوم مقام العقد . وهذه الأحكام نص عليها القانون المدنى الجديد صراحة فى المادة ١٠٢ ، فهى تقضى بأنه « اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقاراً للطاعن إذا قبل هذا الأخير ذلك وقام بدفع الثمن فى خلال مدة معينة ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذ كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار ولا تنبيه إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته فى الشراء (نقض مدنى ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص ٨٣٤)] .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق الطرفان على أن لأحدهما الخيار فى مدة معينة فى أن يشترى العين ، فإن صاحب الخيار لايتحلل من التضمينات إلا عند عدم قبول التعاقد فى الفترة المحددة للاختيار . أما إذا قبل التعاقد فإنه يصبح مسئولا عن تنفيذه وملزماً بالتضمينات فى حالة عدم التنفيذ (نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٤ ص ٤٣٠) .

ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد »[1] .

§ ٢ — العربون
(Les arrhes)

١٤٠ — **العربون ودلالته في القوانين الأجنبية** : يتفق أحياناً أن يدفع أحد المتعاقدين للآخر عند إبرام العقد مبلغاً من المال — يكون عادة من النقد — يسمى العربون[2] . وأكثر ما يكون ذلك في عقد البيع وفي عقد الإيجار ، فيدفع المشترى للبائع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٥١ في المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ، وامتنع عن تنفيذ وعده ، جاز للمحكمة أن تحدد له أجلا للتنفيذ إن طلب المتعاقد الآخر ذلك ، وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة . فإذا لم يتم إبرام العقد في الأجل المحدد ، يقوم الحكم ، متى حاز قوة الشيء المحكوم فيه ، مقام العقد » . ولما تلى النص في لجنة المراجعة لوحظ أن هذه المادة لا تعرض للحالة التي يوجد فيها عقد يسمى خطأ بالعقد الابتدائي وهو في الواقع عقد نهائي ، لأن هذه الحالة منصوص عليها في المادة ٢٨٧ من المشروع التمهيدي (تقابل المادة ٢١٠ من القانون الجديد) ، وإنما يعرض النص لحالة ما إذا وجد عقد ابتدائي بالمعنى الصحيح يتلوه عقد نهائي ، لا سيما إذا كان العقد من العقود الشكلية كالرهن الرسمي ، فمتى وجد وعد برهن رسمي مثلا ، وكان هذا الوعد قد استوفى الشروط الشكلية ، جاز إذا لم ينفذ الواعد وعده أن يجبر على ذلك ، ويقوم الحكم مقام العقد النهائي . وهذا الحكم ليس مقطوعا به في القانون الحالي فوجب النص حتى يزول كل شك . فأثير إعتراض على تحديد أجل التنفيذ ، واستقر الرأى بعد المناقشة على حذف هذا الشرط ، وأصبحت المادة في نصها النهائي كما يأتي : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لصحة العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم ، متى حاز قوة الشيء المقضى به ، مقام العقد » . وأصبح رقم المادة ١٠٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « لتمام العقد » بعبارة « لصحة العقد » ، وأصبح رقم المادة ١٠٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٧٧ — ص ٧٩) — انظر أيضاً المادة ٦٢ الفقرة الثالثة من القانون البولوني .

ويقابل النص في التقنينات العربية الأخرى : السورى م ١٠٣ (مطابق) — الليبي م ١٠٢ (مطابق) — العراق (لا مقابل — اللبناني (لا مقابل) .

(٢) [أنظر في العربون : ريدوان Redouin : العربون في القانون الفرنسي — رسالة من باريس سنة ١٩٣٥ — و (ديكوتيني) في موسوعة دالوز ١٩٥١ جـ ١ ص ٢٧٤ — وفي الفقه المصرى : الدكتور حشمت أبوستيت فقرة ١١٨ ص١١٢ — الدكتور أنور سلطان فقرة ١٠٥ ص١٢٥ والدكتور عبد الحي حجازى فقرة ٢٢٦ ص ٣٢١] .

أو المستأجر للمؤجر جزءاً من الثمن أو من الأجرة . ويكون غرض المتعاقدين من ذلك إما حفظ الحق لكل منهما فى العدول عن العقد بأن يدفع من يريد العدول قدر هذا العربون للطرف الآخر . وإما تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء فى تنفيذه بدفع العربون .

وقد انقسمت القوانين الأجنبية بين هاتين الدلالتين المتعارضتين فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول[١] ، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البت[٢] . وغنى عن البيان أن كلتا الدلالتين قابلة لإثبات العكس ، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود من العربون هو غير ما يؤخذ من دلالته المفروضة وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان .

١٤١ — العربون فى التقنين المدنى القديم : لم يرد نص عن هذه المسألة فى التقنين المدنى القديم ، فكان القضاء المصرى يتردد بين الدلالتين[٣] . وكان فى ذلك يأخذ بنية

(١) أنظر مثلا المادة ١٥٩٩ من القانون الفرنسى والمادة ١٢١٧ من القانون الإيطالى القديم . ومع ذلك أنظر المادة ١٧٠ من المشروع الفرنسى الإيطالى .

(٢) أنظر المادة ٣٣٦ من القانون الألمانى والمادة ١٥٨ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٧٤ من القانون البولونى .

(٣) قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط العربون لا يدل على جواز العدول بل على إثبات حق الفسخ مع تحديد التعويض الواجب عند التخلف عن الوفاء (٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ ١٧ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٥٤) ، على أن المشترى الذى يفقد العربون بسبب التخلف عن تنفيذ العقد لا يحق له إقامة الدليل على أن البائع لم يصبه ضرر من جراء ذلك على نقيض ما يجرى بشأن الشرط الجزائى (١٦ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٢٢ — أول فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٢) ، وقضت كذلك بأن العربون قد يدل على الثبات (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥) .

وفى دعاوى أخرى قضت المحاكم المصرية بأن العربون فى حالة الشك يدل على جواز العدول (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ — القضاء المستعجل فى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٦٢ ص ١١١ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان العربون دليل العدول لوقت معين ، فلا يجوز العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يعين وقت لجواز العدول فيجوز العدول إلى وقت التنفيذ . وبأنه لا تجوز إساءة استعمال الحق فى العدول ، فالبائع الذى أظهر نيته فى أن يمضى فى العقد دون استعمال حقه فى العدول وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها ثم عدل بعد ذلك فجأة لا يقتصر على خسارة العربون بل يجب أيضاً أن يدفع تعويضاً لإساءته استعمال حقه فى العدول (٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥) .

المتعاقدين[1] . ويفسر هذه النية عند غموضها فى ظل العرف الجارى . والظاهر أن العرف فى مصر يميز بين البيع والإيجار . ففى البيع تكون دلالة العربون فى العقد الابتدائى جواز العدول وفى العقد النهائى التأكيد والبت[2] . أما فى الإيجار فالعربون دليل على التأكيد والبت لا على جواز العدول : ويعتبر تعجيلا لجزء من الأجرة تنفيذاً للعقد .

١٤٢ — *العربون فى التقنين المدنى الجديد* : أخذ القانون المدنى الجديد ، حسما للخلاف والتردد ، بدلالة جواز العدول . ومن هنا كان العقد المقترن بعربون مرحلة غير باتة فى العقد النهائى ، إذ يجوز العدول عنه .

وقد نصت المادة ١٠٣ من القانون الجديد على ما يأتى :

« ١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك » .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العربون هو ما يقدمه أحد العاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد ، وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلا عقدهما مبرماً بينهما على وجه نهائى ، وقد يريدان أن يجعلا لكل منهما الحق فى إمضاء العقد أو نقضه ، ونية العاقدين هى وحدها التى يجب التعويل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه انعقدت على تمامه ، وأن المبلغ الذى وصف فيه بأنه عربون ما هو فى الواقع إلا قيمة التعويض الذى اتفقا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتعاقدين فى الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسيراً للعقد تحتمله عباراته ، فذلك يدخل فى سلطتها التقديرية التى لا تخضع فيها لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى فى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بان دلالة العربون ، وقد تكون لتأكيد العقد لا لجواز العدول عنه ، تترك لتفسير نية المتعاقدين (٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا دفع العربون وقت تحرير العقد الابتدائى كان هذا دليلا على جواز العدول ، أما إذا دفع عند تحرير العقد النهائى فلا يجوز العدول (٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٩) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون فى العقد الابتدائى دليل على جواز العدول ، وفى العقد النهائى دليل على الثبات : ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٤ (عقد ابتدائى) — ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ — ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ — ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٥٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ (عقد نهائى) — ٥ أبريل ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ (وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) — محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣ .

« ٢ — فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٥٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يكون العربون المدفوع وقت إبرام العقد دليلا على أن العقد أصبح باتاً لا على أنه يجوز العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ٢ — فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ العقد ، فللمتعاقد الآخر أن يختار بين التنفيذ والفسخ . وله فى حالة الفسخ أن يحتفظ بالعربون الذى قبضه أو أن يطالب بضعف العربون الذى دفعه ، حتى لو لم يلحق به الفسخ أى ضرر . هذا مع عدم الإخلال بحقه فى استكمال التعويض إن اقتضى الأمر ذلك . ٣ — ويسرى حكم هذه المادة أياً كانت الألفاظ التى عبر بها المتعاقدان عن العربون » . ولما تلى النص فى لجنة المراجعة أقرته اللجنة فى المشروع النهائى تحت رقم ١٠٥ بعد إبدال نص الفقرة الأولى بالنص الآتى : « ١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن العقد بات لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق أو العرف بغير ذلك » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نوقشت المادة تفصيلا ، ورأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ما قررته ، وقالت فى تقريرها ما يأتى : « رأت اللجنة أن تأخذ بحكم يخالف ما قررته المادة تمشياً مع العرف ، فعدلت الفقرة الأولى باستبدال عبارة « لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه » ، بعبارة « العقد بات لا يجوز العدول عنه » ، وحذف عبارة « أو العرف » لزوال وجه الحاجة إليها بعد التعديل ، واستعاضت عن الفقرة الثانية بالنص الآتى : « فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه ، ولو لم يترتب على العدول ضرر » . وقد صدرت اللجنة فى هذه الإضافة عن وجوب التمشى مع العرف ، ولم تر محلا للابقاء على الفقرة الثالثة فحذفتها تاركة أمر تفسير نية المتعاقدين لتقدير القاضى . وأصبح النص كالآتى : « ١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ — فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر » . وأصبح رقم المادة ١٠٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ — ص ٨٩ — وراجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى ص ٨١ — ص ٨٤) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٤ (مطابق) — الليبى م ١٠٣ (مطابق) — العراقى م ٩٢ (العربون دليل على الثبات لا دليل على جواز الرجوع) — اللبنانى لا مقابل .

هذا وقد تضمن المشروع التمهيدى نصين آخرين ، هما المادتان ١٥٣ و ١٥٤ من هذا المشروع . فنصت المادة ١٥٣ على ما يأتى :

« ١ — إذا نفذ الالتزام الذى من أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام ، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢ — ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسئولا عنها . أو إذا فسخ العقد بخطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما » وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . ونصت =

وَيتبين من هذا النص أنه إذا دفع عربون وقت إبرام العقـد ، ولم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أنه إنما دفع لتأكيد البتات فى التعاقد ، كان دفعه دليلا على أن المتعاقدين أرادا أن يكون لـكل منهما الحق فى العدول عن العقد ، يستوى فى ذلك البيع والإيجار وأى عقد آخر . فإذا لم يعدل أحد منهما عن العقد فى خلال المدة التى يجوز له فيها العدول ، أصبح العقد باتاً ، واعتبر العربون تنفيذاً جزئياً له ، وجب استكمال التنفيذ . أما إذا عدل أحد المتعاقدين عنه فى المدة التى يجوز له فيها ذلك ، وجب على من عدل أن يدفع للطرف الآخر قدر العربون جزاء العدول . فإذا كان هو الذى دفع العربون فإنه يفقده . ويصبح العربون حقاً لمن قبضه . أما إذا كان الطرف الذى عدل هو الذى قبض العربون ، فإنه يرده ويرد مثله ، أى يرد ضعفيه[1] ، للطرف الآخر ، حتى يكون بذلك قد دفع قيمة العربون جزاء عدوله عن العقد[2] . ويلاحظ أن النص يرتب التزاماً بدفع قيمة العربون فى ذمه الطرف الذى عدل عن العقد ، لا تعويضاً عن الضرر الذى أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر كما هو صريح النص ، بل تفسيراً لنية المتعاقدين ، فقد فرض المشرع أن المتعاقدين أرادا إثبات حق العدول لـكل منهما فى نظير الالتزام بدفع قدر العربون ، فجعلا العربون مقابلا لحق العدول . وفى هذا يختلف العربون عن الشرط الجزائى ، فإن هذا الشرط تقدير اتفق عليه المتعاقدان

= المادة ١٥٤ على ما يأتى : « إذا اتفق المتعاقدان على أن العربون دليل على جواز العدول عن العقد ، كان لـكل منهما حق العدول ، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه ، وإن عدل من قبضه رد ضعفه » وقد حذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ هذا النص بناء على تعديل المادة ١٠٣ من القانون على الوجه السابق الذكر . (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ — ص ٨٢ فى الهامش) .

(١) الصحيح لغة « ضعفه » كما ورد فى نص القانون . فالضعف هو المثل ، والمثلان ضعفان لا ضعف واحد . وضعف الشىء مثله فى المقدار أو مثله وزيادة غير محصورة . وقد اختار القانون الجديد أن يقول الضعف وهو يريد الضعفين ، مؤثراً ذلك الخطأ المشهور على هذا الصواب المهجور ، حتى يتجنب اللبس فى صدد نصوص تشريعية الخطأ فى تطبيقها يؤدى إلى نتائج عملية خطيرة .

(٢) [نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٩ ص ٢٧٥ ، ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٢ ص ٤٩٥ — ٢٢ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٥ ص ٣٦٩ — ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٨ ص ٥٠٨] .

لقيمة التعويض عن الضرر الذى ينشأ عن الإخلال بالعقد . ومن ثم جاز للقاضى تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلا إذا لم يلحق الدائن أى ضرر . وسيأتى بيان ذلك عن الكلام فى الشرط الجزائى[1] .

أما إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون إنما كان لتأكيد العقد لا لإثبات حق العدول ، وجبت مراعاة ما اتفقا عليه . فلا يجوز لأحد منهما العدول عن العقد ، ولكل منهما مطالبة الآخر بتنفيذه . ويعتبر العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكماله . وتجرى على العقد الذى أبرم القواعد العامة التى تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العينى أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد وترتب على الفسخ تعويض ، فليس من الضرورى أن يقدر التعويض بقدر العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامة الضرر .

المبحث الثانى

صحة التراضى

١١٤ — *الأهلية وعيوب الإرادة* : كل ما قدمناه إنما هو فى وجود التراضى ، ولا يكفى أن يكون التراضى موجوداً ، بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً . والتراضى لا يكون

---

(١) أنظر المواد ٢٢٣ — ٢٢٥ من القانون الجديد . ويختلف العربون عن الشرط الجزائى أيضاً فى التكييف القانونى .

فالعربون الذى يدفع فى مقابل العدول عن العقد يمكن تكييفه بأنه البدل فى التزام بدلى . ويكون المدين ملتزماً أصلا بالالتزام الوارد فى العقد ودائناً بالحق الذى يقابل هذا الالتزام ، ولكن تبرأ ذمته من الالتزام ويسقط الحق المقابل إذا هو أدى العربون (م ٢٧٨) . ومؤدى ذلك أن العدول فى حالة دفع العربون لا يكون عن العقد فى جملته ، بل عن الالتزام الأصلى والحق المقابل له ، والعربون بدل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد فى أحد شطريه وهو البدل ، لا عدول عنه فى جملته .

أما الشرط الجزائى فكالتعويض تماماً ، بل هو تعويض مقدر اتفق عليه المتعاقدان مقدماً . فالتكييف القانونى للشرط الجزائى هو ذات التكييف القانونى للتعويض . ولا يجوز القول بأن التعويض بدل فى التزام بدلى ، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلى تنفيذاً عينياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن . ولا هو أحد المحلين فى التزام تخييرى ، فالمدين لا يخير بينه وبين التنفيذ العينى إذا أراد الدائن هذا التنفيذ وكان ممكناً ، ولا خيار للدائن كذلك بين المحلين إذا تقدم المدين بالتنفيذ العينى .

صحيحاً إلا إذا كان صادراً من ذى أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب[1] وعيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونبدأ بالكلام فى الأهلية ، ثم فى عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الأهلية(*)

(La capacité)

١١٤ — التقنين القديم والتقنين الجديد : اقتصر التقنين القديم فى الأهلية على الإحالة إلى قانون الأحوال الشخصية بعد أن ميز بين الأهلية المقيدة والأهلية المطلقة (م ١٢٩ — ١٣٠ / ١٨٩ — ١٩٠ قديم) ، ثم ذكر أن الجزاء مع نقص الأهلية هو إبطال العقد (م ١٣١ — ١٣٢ / ١٩١ — ١٩٢ قديم) .

أما التقنين الجديد فقد عرض لأحكام الأهلية فى شىء من التفصيل ، فاشتركت نصوصه

---

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً هو المادة ١٦٢ فى هذا المشروع يجرى بما يأتى : « يجوز إبطال العقد : أولا — لعدم توافر الأهلية فى المتعاقدين أو فى أحدهما . ثانياً — لعيب فى الرضاء » . ولما تلى هذا النص فى لجنة المراجعة اقترح حذفه لأنه يعدد حالات منصوصاً عليها فى المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٠ فى الهامش) .

(*) بعض المراجع : ديموج ٢ فقرة ٦٦١ وما بعدها — كابيتان فى مقدمة القانون ص ١٤٤ وما بعدها — بنكاز تكملة مبسوط بودرى جزء ٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ١٤٥ وما بعدها — فتحى زغلول فى شرح القانون المدنى ص ٢٦ وما بعدها — التلويح والتوضيح ٢ ص ٧٢٦ وما بعدها — مرشد الحيران م ٢٦٨ — ٢٨٤ — شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٥٣٤ وما بعدها — مقال للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى — مقال للأستاذ عزيز خانكى فى بيع عقارات القصر (الشرائع ٤ ص ١٩٢ — ص ٢٠٧) . مقال للأستاذ حافظ رمضان (باشا) فى تصرفات المحجور عليه قبل وبعد الحجر فى المحاماة السنة الأولى — مقال للأستاذ أحمد نشأت فى العته الموجب للحجر فى المحاماة السنة الرابعة — والتون ١ ص ٣٤٧ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣١٦ وما بعدها — حلمى بهجت بدوى فقرة ٨٣ وما بعدها — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٣٨ وما بعدها — [سليمان مرقس فقرة ١٧١ ص ٢٢٣ — أنور سلطان فقرة ٦٠ ص ٦٩ — عبد المنعم فرج الصده فقرة ١٢٩ ص ١٥٩] .

مع نصوص قانون الولاية على المال (قانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الصادر فى ٣٠ يوليه سنة ١٩٥٢) فى كثير من الأحكام التى تطبق على جميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين ، وهذا شطر من قانون الأحوال الشخصية تم توحيده للمصريين كافة . أما الأجانب فتطبق عليهم قوانين الجنسيات التى ينتمون إليها لأن الأهلية تعتبر من الأحوال الشخصية (م ١١ جديد)[1] .

ونبحث فى إيجاز النظرية العامة فى الأهلية ، ثم ننتقل إلى الأحكام التى وردت عنها فى القانون الجديد .

§ ١ — النظريه العامة فى الأهلية

١٤٥ — أهلية الوجوب : يميز الفقهاء بين أهليـــة الوجوب (capacité de jouissance) وأهلية الأداء (capacité d'exercice) .

و يعرف علماء أصول الفقه الإسلامى أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه . وأهلية الوجوب بهذا التعريف هى فى الواقع الشخص ذاته منظوراً إليه من الناحية القانونية . فالشخص ، سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . فكل إنسان — بعد أن أبطل الرق — شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب . وتثبت له

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى نظرة عامة فى الأهلية ما يأتى : « اكتفى فى أهلية التعاقد بالنص على اعتبار الشخص أهلا للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته ، وعلى القواعد الموضوعية الأساسية لا سيما ما تعلق منها بتحديد ما يكون لانعدام الأهلية أو نقصها من أثر فى صحة الرضاء . أما التفصيلات فوضعها القوانين الخاصة بذلك . ولم ير محل للابقاء على نص المادة ١٨٩/١٢٩ من التقنين الحالى لأنها تتناول تحديد دلالة الأهلية المطلقة والأهلية المقيدة ، وهى مسألة من مسائل التنظيم الموضوعى . أما المادة ١٩٠/١٣٠ من التقنين الحالى ، وهى الخاصة بتعيين القانون الواجب تطبيقه فى مسائل الأهلية ، والمادتان ١٣١ — ١٩١/١٣٢ — ١٩٢ الخاصتان بالرجوع على القاصر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب ، فقد حلت فى المشروع مكانها الطبيعى ، فوضعت الأولى بين قواعد تنازع القوانين فى النصوص التمهيدية ، والمادتان الأخريان وردتا فى سياق قواعد البطلان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩) .

هذه الأهلية من وقت ميلاده ، بل وقبل ذلك من بعض الوجوه عندما يكون جنيناً ، إلى وقت موته ، بل وبعد ذلك إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه . وكذلك الشخص الاعتبارى شخص قانونى تتوافر فيه أهلية الوجوب ، لأن الشخصية الاعتبارية ليست فى الواقع إلا القابلية لامتلاك الحقوق وتحمل الواجبات .

فإذا انعدمت أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها ، وذلك كالجنين يولد ميتاً ، وكالميت بعد سداد ديونه ، وكجماعة من الناس ليست لهم شخصية معنوية ، وكالشركة بعد أن تصفى ، وكالرقيق فى القوانين التى كانت تبيح الرق ، وكمن يحكم عليه بالموت المدنى فى القوانين التى كانت تبيح ذلك ، وكالراهب فى قوانين بعض الطوائف الدينية[1] .

---

(١) هذا وقد صدر حكمان متناقضان من محكمة استئناف مصر الوطنية ، أحدهما يعترف بالقوانين المسيحية فى الرهبنة ويطبقها على أنها عادة لها قوة القانون (٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٤ ص ٧٤٤) ، والحكم الثانى يقضى بعكس ما قضى به الحكم الأول ، فيعتبر قوانين الرهبنة قوانين دينية محضة لا يعترف بها القانون ، وهى مخالفة للقوانين الأهلية التى تعتبر من النظام العام ، وأن مجرد الرهبنة لا ينقل مال الراهب إلى الدير بل لا بد من اتخاذ الطريقة القانونية لذلك كأن توهب للدير أو توقف عليه (٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٦٥ ص ٧٤٦) .

ثم صدر حكم من محكمة النقض يقضى بأن الرهبنة نظام جار عند بعض الطوائف المسيحية فى مصر ، وقد اعترفت به الحكومة المصرية إذ اختصت الرهبان ببعض المزايا فأعفتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية ، والقانون فى المادة ١٤ من الأمر العالى الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب واختصاصات المجلس الملى لطائفة الأقباط الأرثوذكس قد صرح بأن للرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له . ومن هذه الأحكام أن كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة يعتبر ملكاً للبيعة التى كرس حياته لخدمتها . ويترتب على ذلك أن الأموال التى تؤول للرهبان عن طريق وظائفهم أو بسببها تصبح ملكاً للبيعة . فالحكم المطعون فيه إذ عد المطران مالكاً لما اشتراه وقت أن كان شاغلا منصبه الدينى لمجرد أن العقود صادرة له شخصياً لا بصفته نائباً عن الكنيسة قد أخطأ فى عدم الأخذ بالقواعد الكنسية المحددة للعلاقة المالية بين الرهبان والكنيسة حالة كونها قانون الطرفين (نقض مدنى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٥ ص ٤٣١) .

والظاهر من هذه الأحكام أنه يجب التمييز بين : (أولا) ما يملكه الراهب قبل دخوله فى الرهبنة — وكذلك ما يملكه حتى بعد دخوله الرهبنة عن ميراث أو وصية — فهذا يبقى ملكاً خاصاً له يورث عنه لأن شخصية الراهب لا تنعدم بدخوله سلك الرهبنة فإن ذلك مخالف للنظام العام . (ثانياً) ما يملكه بعد دخوله فى سلك الرهبنة عن غير طريق الميراث أو الوصية ، فهذا يكون ملكاً للكنيسة . لأن شخصيته انعدمت ، بل لأنه يعتبر ، طبقاً لقوانين الكنيسة التى تطبق هنا لعدم مخالفتها للنظام العام ، نائباً عن =

١٤٦ — *أهلية الأداء* : وأهلية الأداء هى صلاحية الشخص لاستعمال الحق . ويقع أن تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء ، فيكون مستمتعاً بالحق ، وهذه هى أهلية الوجوب ، دون أن يستطيع استعماله بنفسه ، وهذه هى أهلية الأداء . ويتبين من ذلك أنه يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلا تاماً . والذى يعنينا هنا هو أهلية الأداء ، فإذا أطلقنا الأهلية كانت هى المقصودة .

ويمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة : ١ — عقود اغتناء ، وهى عقود يغتنى من يباشرها دون أن يدفع عوضاً لذلك كالهبة بالنسبة إلى الموهوب له . ٢ — عقود إدارة ، وهى عقود ترد على الشىء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المؤجر . ٣ — عقود تصرف ، وترد على الشىء للتصرف فيه بعوض للبيع بالنسبة إلى كل من البائع والمشترى . ٤ — عقود تبرع ، وترد على الشىء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة إلى الواهب .

فمن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحاً لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود ، ومن كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام . كالصبى المميز يصلح لمباشرة عقود الاغتناء وعقود الإدارة ، ولا يصلح أصلا لمباشرة عقود التبرع . وقد تكون الأهلية معدومة كما هى حال الصبى غير المميز ، فهو لا يصلح لمباشرة أى قسم من هذه الأقسام الأربعة .

١٤٧ — *تمحيص الأهلية بتمييزها عن غيرها مما يلتبس بها* : الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز . فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه كانت أهليته ناقصة ، ومن انعدم تمييزه انعدمت أهليته .

= الكنيسة فى تملك هذه الأموال . ويؤيد هذا التمييز ما ورد فى كتاب القوانين لابن العسال (طبعة سنة ١٩٢٧ ص ٣١٥) : « ليكن معروفاً ما للأسقف إن كان له شىء ، وليكن معروفا ما للبيعة ، لكى ما يكون له سلطان على ما كان له ليطيع فيه ربه ما أحب ويورثه لمن أراد ... فأما ما اقتناه بعد الاسقفية فهو للبيعة ، ليس له أن يوصى فى شىء منه إلا ما صار إليه من ميراث من والدين أو إخوة أو أعمام » .

ويجب التفريق بين الأهلية والولاية على المال . فالأهلية هي ما عرفنا . أما الولاية على المال فهى نفاد الأعمال القانونية على مال الغير . مثل ذلك الولى والوصى والقيم والوكيل عن الغائب ، كل هؤلاء لهم الولاية على مال الصغير والمحجور والغائب ، فلا يقال إن الولى له أهلية التصرف فى مال الصغير ، بل يقال إن له ولاية التصرف فى هذا المال . فالولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

كذلك يجب التفريق بين عدم الأهلية وعدم قابلية المال للتصرف . فالقاصر غير أهل للتصرف فى ماله ، ويرجع ذلك لنقص فى التمييز عنده . أما من وقف ماله فلا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص فى الأهلية عنده راجع إلى نقص فى التمييز ، بل لعدم قابلية المال الموقوف ذاته للتصرف .

ويجب التفريق أخيراً بين عدم الأهلية والمنع من التصرف . فقد يمنع شخص من التصرف لمصلحة مشروعة ، ولا يرجع ذلك لنقص فى التمييز عند الشخص الممنوع كما فى نقص الأهلية ، ولا لعدم قابلية المال للتصرف . مثل ذلك منع الشخص من أن يبيع ماله فى مرض الموت إلا فى حدود معينة ، وقد روعيت فى ذلك مصلحة الورثة ، ومنع عمال القضاء من شراء الحقوق المتنازع فيها ، وقد روعيت فيه المحافظة على سمعة القضاء ، ومنع الزوجة فى بعض الشرائع من التصرف إلا بإذن زوجها ، وقد روعيت فى ذلك مصلحة الشركة المالية ما بين الزوجين ورئيسها الزوج . فإذا زال المانع صح التصرف ، كما إذا أجازت الورثة فى الحالة الأولى ، أو كان الحق غير متنازع فيه فى الحالة الثانية ، أو انفصمت عرى الزوجية فى الحالة الثالثة . ويلاحظ أن المنع من التصرف يلحق الشخص ، وعدم القابلية للتصرف يلحق المال ، أما الأهلية فمناطها التمييز[1] كما سبق القول .

---

(١) وسنرى أن الغائب إذا أقيم له وكيل ، والمحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا نصب له قيم ، ومن تقررت له المساعدة القضائية إذا عين له مساعد ، لم يكن ذلك راجعاً إلى انعدام الأهلية فى هؤلاء . أما ما يقال عادة من أهلية الشخص للالتزام بالعمل غير المشروع أو بالإثراء دون سبب فليس تعبيراً دقيقاً . لأن الأصل أن يلتزم الشخص متى وجد مصدر الالتزام . فإن كان هذا المصدر هو العقد (أو العمل القانونى بوجه عام) فمن شروطه الأهلية ، ومناطها التمييز كما قدمنا . وإن كان المصدر هو العمل غير المشروع فلابد من خطأ ، ومن شروط الخطأ التمييز ، فالتمييز ركن فى الخطأ ، وقد لا يكون مطلوباً فى بعض الأحوال =

١٤٨ — الأصل فى الشخص أن يكون ذا أهلية : والمفروض فى الشخص أن يكون كامل الأهلية ما لم يسلب القانون أهليته أو يحد منها. وهذا ما قضت به المادة١٠٩ إذ نصت على أن « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون »[١] .

فعبء إثبات عدم الأهلية يقع على من يدعيه[٢] . فإذا نجح فى إثبات عدم أهليته كان له أن يبطل العقد الذى صدر منه . ولا يجوز للطرف الآخر أن يحتج بأنه كان يعتقد أن المتعاقد معه ذو أهلية[٣]. أما إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته ،

ـــ فيسأل غير المميز عن عمله الضار . أما الالتزام بالإثراء دون سبب فيبقى على الأصل ، ولا يشترط فيه التمييز . ولكن أصبح من المألوف التحدث عن الأهلية فى هذه المواضع ، وقد جارينا هذا المألوف فى بعض الأحيان .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يكون أهلا للتعاقد كل من لا يقرر القانون عدم أهليته » . ولما عرض النص على لجنة المراجعة عدلته كما يأتى : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها » ، وقدم فى المشروع النهائى تحت رقم ١١٢ . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة « ما لم يقرر القانون سلب أهليته أو الحد منها » لأن القانون لا يسلب الأهلية ، فقد يكون الشخص مجنوناً لم يحجر عليه بعد ويكون مع ذلك أهلا للتعاقد ، فعدلت اللجنة النص على الوجه الآتى : « كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » ، وأصبح رقم المادة ١٠٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٩ — ص ١١٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١٠ (مطابق) — الليبى م ١٠٩ (مطابق) — العراقى م ٩٣ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الأصل فى الرجل الرشد وفقد الأهلية عارض ، وبذلك تعتبر العقود الصادرة من البالغ رشيداً صحيحة نافذة إلا إذا أثبت مدعى الخلاف طروء عارض فقد الأهلية على ذلك المتعاقد قبل العقد (١٨ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٦ ص ١٩١ — ٢١ يوليه سنة ١٨٩١ الحقوق ٧ ص ٢٢٥) — أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٦ ، وفى ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجب على من يتعاقد مع الغير أن يتحرى عن أهلية من تعاقد معه حتى يتأكد من صحة التعاقد ، وإلا فعليه أن يتحمل تبعة تقصيره وإهماله . فلا يجوز لمن اشترى عقاراً من شخص قرر المجلس الحسبي استمرار الوصاية عليه بعد بلوغه سن الثمانى عشرة سنة أن يتمسك بصحة عقد البيع ارتكاناً على أن ذلك القرار لم ينشر بالجريدة الرسمية (١٥ فبراير سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٦٢ . وانظر أيضاً محكمة بنى سويف الابتدائية فى ٨ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٢٤) .

فمع أن له أن يطلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولا عن التعويض للغش الذى صدر منه . وهذا ما تقضى به المادة ١١٩ إذ تنص على أنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته »[1] . ولا يكفى لتطبيق هـذا النص أن يقتصر ناقص الأهلية على التأكيد بأنه كاملها ، بل يجب أن يستعين ، وهو يؤكد كمال أهليته ، بطرق احتيالية كأن يقدم شهادة ميلاد مزورة ليثبت أنه بلغ سن الرشد ، وهـذا الذى قضى به النص الصريح فى التقنين الجديد كان القضاء المصرى يعمل به فى عهد التقنين القديم تطبيقاً للقواعد العامة[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى قصره ، أما إذا اقتصر على أن يقرر أنه بلغ سن الرشد فإن ذلك لا يمنعه من التمسك بالبطلان » . وفى لجنة المراجعة لوحظ أن المشروع بعد حذف المادة ١٦٢ يكون غفلا من نص يجيز لناقص الأهلية إبطال العقد ، فينبغى أن يثبت هذا الحكم فى صدر هذه المادة ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على أن تعدل المادة على الوجه الآتى : « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته لإبطال العقد إذا كان قد لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى قصره » . وأصبح رقم المادة ١٢٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ورأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أن تستعيض عن عبارة « ومع ذلك لا يجوز للقاصر التمسك بنقص أهليته ألخ » بعبارة « وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته » . فالمسألة تتعلق بتقرير الجزاء على التجاء القاصر (وغيره من ناقصى الأهلية) إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ، ولم تر اللجنة أن يكون الجزاء حرمان القاصر من حق طلب الإبطال وإنما آثرت أن تجرى القواعد العامة المتعلقة بالمسئولية التقصيرية وجعلت الجزاء قاصراً على الحكم بالتعويض . وأصبح رقم المادة ١١٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٣ — ص ١٣٨) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢٠ (مطابق — م ١١٩ (مطابق) — العراقى لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

(٢) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٧ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفع المشترى دعوى على البائع يطالبه فيها بتعويضه عما لحقه من الضرر بسبب عدم إتمام الصفقة التى تعاقد معه عليها ودفع له جزءاً من ثمنها ، مدعيا أن البائع دلس عليه بأن أوهمه بأنه تام الأهلية فى حين أنه كان محجوراً عليه ، فرفضت المحكمة الدعوى على أساس ما استبانته من ظروفها ووقائعها من أن كل ما وقع من البائع هو أنه تظاهر للمشترى أنه كامل الأهلية وهذا لا يعدو أن يكون مجرد كذب لا يستوجب مساءلة مقترفه شخصياً ، فلا شأن لمحكمة النقض معها فى ذلك ما دامت الوقائع =

١٤٩ — أحكام الأهلية من النظام العام : وأحكام الأهلية من النظام العام ، فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده ، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها . كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الانتقاص منها . وكل اتفاق على شىء من ذلك يكون باطلا . وإلى ذلك تشير المادة ٤٨ من التقنين الجديد إذ تنص على أنه « ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » .

§ ٢ — أحكام الأهلية

فى التقنين المدنى الجديد وقانون الولاية على المال[١]

١٥٠ — العوامل التى تتأثر بها الأهلية : لما كانت أهلية الأداء مناطها التمييز كما قدمنا ، فهى تتأثر بالسن دائماً . وقد تتأثر بعوارض تقع أو لا تقع من شأنها أن تؤثر فى التمييز ، كالجنون والعته والغفلة[٢] .

= الثابتة فى الدعوى مؤدية فعلا إليه (نقض جنائى ٤ مايو سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٤٩ ص ٣٤٨ . وانظر أيضاً فى هذا المعنى نقض مدنى فى ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٨ ص ٣٥٢) .

(١) [بعض المراجع : عبد المنعم البدراوى : المدخل للقانون الخاص طبعة ١٩٥٧ ص١٣٤ وما بعدها اسماعيل غانم : محاضرات فى النظرية العامة للحق طبعة ١٩٥٨ ص١٨٧ وما بعدها — حسن كيره : أصول القانون ١٩٦٠ ص ٧٨٨ وما بعدها — القاضى محمد كمال حمدى : الولاية على المال (سنة ١٩٦٣) — وعبد الفتاح عبد الباقى نظرية الحق طبعة ١٩٥٧ ص ٧٨ وما بعدها] .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً هو المادة ١٦٤ من هـذا المشروع ، جرت بما يأتى : « يرجع إلى قانون الأحوال الشخصية فى تحديد ما يكون لانعدام أهلية الأداء أو نقصها من أثر فى صحة الرضاء » . ولما تلى هذا النص فى لجنة المراجعة ، ذكر أن المادة بالحالة التى هى عليها لا تؤدى المعنى المقصود ، فليس المراد وضع قاعدة لتنازع القوانين ، بل المراد الإشارة إلى قانون المجالس الحسبية الواجب التطبيق فى هذه الأحوال . واقترح تعديل المادة كما يأتى : « ينظم الأهلية قانون خاص » . ثم رأت اللجنة حذف هذا النص والاستعاضة عنه بالمواد ١١٣ — ١١٨ فى المشروع النهائى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ — ص ١١٣ فى الهامش) .

وتنظم أحكام الأهلية ، إلى جانب التقنين المدنى ، قوانين خاصة تبين أحكام الأهلية والولاية على المال . وقد تعاقبت هذه القوانين بعضها يلغى بعضاً . فأولها قانون المجالس الحسبية فى سنة ١٩٢٥ ، ألغاه قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ ، وألغى هذا القانون الأخير قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

١ — تأثر الأهلية بالسن

١٥١ — **الأدوار الطبيعية فى حياة الإنسان** : الأدوار الطبيعية التى يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت أدوار ثلاثة : ١ — من وقت ولادته إلى سن التمييز . ٢ — من سن التمييز إلى سن البلوغ . ٣ — من سن البلوغ إلى الموت .

١٥٢ — **الصبى غير المميز** : تقدر سن التمييز بسبع سنوات. وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز معدوم الأهلية (م ٤٥ فقرة ٢). وقد نصت المادة ١١٠ على أنه «ليس للصبى غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة »[(١)] . فالصبى غير المميز لا يستطيع أن يباشر أى عقد . وليس هذا مقصوراً على عقود التبرع وعقود التصرف وعقود الإدارة ، بل يمتد أيضاً إلى عقود الاغتناء . فلا يستطيع الصبى غير المميز أن يقبل الهبة لأنه فاقد التمييز ، فلا تكون لإرادته أثر .

وتثبت الولاية على ماله لوليه ثم لوصيه .

وولى الصغير — غير مميز كان أو مميزاً — هو الأب ثم الجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً . وبهذا تقضى المادة الأولى من قانون الولاية على المال إذ تنص على

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١١٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قيل إن حكم هذه المادة والمواد التى تليها من صميم قواعد الأحوال الشخصية ، فما الحكمة فى إيرادها هنا فى القانون المدنى ؟ وسئل هل هذه النصوص تسرى على الأجانب ؟ فأجيب أن المشرع أراد بوضع هذه الأحكام فى صلب القانون المدنى عدم الرجوع إلى أحكامها فى الشريعة الإسلامية ، وقد احتاط المشرع فى قانون المحاكم الحسبية بإيراد نص يفيد عدم نفاذ أحكامه على الأجانب ، هذا فضلا عن أنه يستفاد من المبادىء العامة التى نص عليها فى الباب الأول من مشروع القانون المعروض أنها تتضمن أحكاما عامة تسرى على الأجانب إلا فيما يختص بسن الرشد . أما سن التمييز وهو سن الأهليــة العقلية فأحكامه تسرى على الأجانب . وقد وافقت اللجنة على المادة ١١٣ دون تعــديل وأصبح رقمها ١١٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما اقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٢ — ص ١١٤).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١١ (مطابق) — الليبى م ١١٠ (مطابق) — العراقى م ٩٦ (موافق) — اللبنانى م ٢١٦ (موافق) .

أن « للأب ، ثم للجد الصحيح[١] إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً ، الولاية على مال القاصر ، وعليه القيام بها ، ولا يجوز أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة » . فإذا لم يكن للصغير ولى ، تعين المحكمة وصياً ، وهذا ما تقضى به المادة ٢٩ من قانون الولاية على المال إذ تنص على أنه « إذا لم يكن للقاصر أو الحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصياً » .

أما الحدود التى يتصرف فى نطاقها الولى والوصى فى مال القاصر فمرسومة فى قانون الولاية على المال وفى قواعد الشريعة الإسلامية . وإلى هذا تشير المادة ١١٨ من التقنين المدنى الجديد إذ تنص على أن « التصرفات الصادرة من الأولياء والأوصياء والقوام تكون صحيحة فى الحدود التى يرسمها القانون »[٢] . وكذلك تنص المادة ٤٧ من هذا القانون على أنه « يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة فى القانون » .

فالولى أن يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء إلا أن تكون الهبة أو الوصية محملة بالتزامات معينة فيجب إذن المحكمة ، وأهلية الإدارة ، وأهلية التصرف ، حتى بالغبن اليسير ، ولكن الغبن الفاحش لا يجوز[٣] . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الولى أن يباشرها ،

---

(١) الظاهر أن الأب إذا كان قاصراً ووليه أبوه ، فولاية الولى تشمل الأب وولده معاً ، فيكون جد الولد هو وليه مع وجود أبيه لأن هذا قاصر (أنظر م ٢ من قانون الولاية على المال) .

(٢) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١٢٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٢ — ص ١٣٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٠٩ (مطابق) — الليبى م ١١٨ (مطابق) — العراق م ١١١ (موافق) — اللبنانى لا مقابل .

(٣) ولا يجوز للولى التصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز له أن يرهن العقار لدين على نفسه (م ٦ قانون الولاية على المال). كما لا يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة ، ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (م ٧ قانون الولاية على المال) ، ما لم يكن مورث القاصر قد أوصى بألا يتصرف وليه فى المال الموروث فلا يجوز عندئذ للأب أن يتصرف إلا بإذن المحكمة =

إلا أن يكون التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى وأذنت به المحكمة ، (أنظر المادة ٥ من قانون الولاية على المال) . ويجوز للمحكمة أن تحد من ولاية الولى أو أن تسلبه إياها « إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أو لأى سبب آخر » (م ٢٠ من قانون الولاية على المال) .

وولاية الوصى — اختاره الأب أو أقامه القاضى — أضيق من ولاية الولى . فهو يباشر عن الصغير أهلية الاغتناء فيقبل عنه الهبات ، إلا إذا كانت مقترنة بشرط فيجب إذن المحكمة فى القبول أو الرفض . ويباشر أهلية الإدارة ، ولكن لا بد من إذن المحكمة فى إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى ، وفى إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة ،

= وتحت إشرافها (م ٨ قانون الولاية على المال) . وليس للولى إقراض مال القاصر ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة (م ٩ قانون الولاية على المال) . أما الإجارة فلم يقيدها المشرع فيما يتعلق بالمدة إلا بوجوب عدم امتدادها إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد بأكثر من سنة (م ١٠ قانون الولاية على المال) . وليس للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفى حدود هذا الإذن (م ١١ قانون الولاية على المال) . وجميع القيود السابقة على سلطة الولى لا تسرى على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتراً ، ولا يلزم الأب بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣ قانون الولاية على المال) .

أما الجد فلا يجوز له بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ، أو الصلح عليه ، أو التنازل عن التأمينات المعطاة لضمان دين القاصر أو إضعافها (م ١٥ قانون الولاية على المال) . ويسأل الجد فى تصرفاته فى مال القاصر مسئولية الوصى ، أما الأب فلا يسأل إلا عن خطئه الجسيم (م ٢٤ قانون الولاية على المال) . [أنظر فى سلب ولاية الجد : نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٧ ص ١٥٧٨ : الجد غير حريص على أموال القصر ولم يحرر محضر حصر ولم يقدم حساباً وجاوز الثمانين من عمره] .

ولا يدخل فى الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك (م ٣ قانون الولاية على المال) ، ويقيم المتبرع وصياً مختاراً للقاصر على هذا المال (م ٢٨ قانون الولاية على المال) .

وعلى الولى أو ورثته رد أموال القاصر إليه عند بلوغه . ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف . ولا يحاسب الأب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر . ومع ذلك يحاسب عن ريع المال الذى وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة (م ٢٥ قانون الولاية على المال) . أما الجد فتسرى عليه الأحكام المقررة فى شأن الحساب الذى يقدمه الوصى (م ٢٦ قانون الولاية على المال) .

وفى إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه ، وفى استثمار الأموال ، وتصفيتها ، واقتراض المال للقاصر وإقراضه ، وفى الإنفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها بحكم واجب النفاذ ، وفيما يصرف فى تزويج القاصر ، وفى تعليم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرته مهنة معينة ، وفى الوفاء بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ (أنظر فى كل ذلك المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال) . ويباشر أهلية التصرف ولكن لابد دائماً من إذن المحكمة ، سواء كان التصرف فى أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الرهن أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة . ويدخل فى ذلك تحويل الديون التى تكون للقاصر ، وقبول الحوالة عليه ، والتنازل عن التأمينات أو إضعافها . والتنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام ، والصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة ، ورفع الدعاوى[1] إلا ما يكون فى تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له . (أنظر فى كل ذلك المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال) . أما أهلية التبرع فلا يستطيع الوصى أن يباشرها ولو بإذن المحكمة ،

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن للوصى حق رفع الدعاوى والطعن فى الأحكام التى تصدر لغير مصلحة من يقوم على ماله ، بطرق الطعن العادية وغير العادية . أما ما ورد فى الفقرتين ١٢ و ١٣ من المادة (٣٩) من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ — الخاص بأحكام الولاية على المال — من وجوب استئذان محكمة الأحوال الشخصية إذا أراد الوصى رفع دعوى أو إقامة طعن من الطعون غير العادية فهو ليس بشرط لقبول الدعوى أو الطعن وإنما قصد به إلى رعاية حقوق ناقصى الأهلية والمحافظة على أموالهم فهو إجراء شرع لمصلحة هؤلاء دون خصومهم ، ومن ثم فلا يصح لهؤلاء الخصوم التمسك به (نقض مدنى ١٩٥٦/١٠/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ١٢١ ص ٨٤٧) وفى خصوص اليمين قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز إعمال أثر اليمين الحاسمة التى يحلفها الوصى فى حق القاصر إذ أن أداء اليمين الحاسمة عمل من أعمال التصرف التى لا يجوز له مباشرتها (نقض مدنى ١٩٦٢/٤/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٦٨ ص ٤٥٥)] .

وإلى هذا تشير المادة ٣٨ من قانون الولاية على المال إذ تنص على أنه « لا يجوز التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة » .

وعلى الوصى أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أول يناير من كل سنة ، ويعفى من تقديم الحساب إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك . وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انتهاء وصايته (م ٤٥ قانون الولاية على المال) .

١٥٣ — الصبى المميز : يعتبر الصبى مميزاً من وقت بلوغه سن التمييز أى سن السابعة إلى وقت بلوغه سن الرشد أى سن الإحدى والعشرين . وتنص المادة ٤٦ مدنى على أنه « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » . ويقرر القانون فى المادة ١١١ مدنى أحكام تصرفات الصبى المميز على النحو الآتى :

« ١ — إذا كان الصبى مميزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً » .

« ٢ — أما التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للابطال لمصلحة القاصر . ويزول حق التمسك بالإبطال إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد أو إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة وفقاً للقانون »[1] .

ويتبين من ذلك أن الصبى المميز له أهلية الاغتناء ، فيستطيع قبول الهبات لأن ذلك

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١١٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وعدلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تعديلا طفيفاً بأن حذفت عبارة وردت فى النص الذى وضعته لجنة المراجعة وهى « وكان غير مصاب بجنون أو عته » ، والعلة فى ذلك أن الجنون والعته لهما أحكام خاصة تنطبق فى جميع الأحوال والصور . وأصبح رقم المادة ١١١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١١٥ — ص ١١٦) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربيـة الأخرى : السورى م ١١٢ (موافق) — الليبى م ١١١ (مطابق) — العراق م ٩٧ (موافق) — اللبنانى م ٢١٦ (موافق) .

نافع له نفعاً محضاً . وليست له أهلية التبرع ولا يستطيع أحد أن يباشرها عنه إلا فى الحدود التى قدمناها ، فلا يستطيع أن يهب شيئاً من ماله لأن ذلك ضار به ضرراً محضاً . أما أهلية الإدارة وأهلية التصرف ، وهى الأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، فلا يملكها[1] ، ولكن يباشرها عنه الولى أو الوصى فى الحدود المتقدم ذكرها فى حالة الصبى غير المميز .

ويستثنى من الأحكام المتقدم ذكرها الصبى المميز إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره . فقد نصت المادة ١١٢ على أنه « إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون[2] ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون »[3] . والقانون هنا هو قانون الولاية على المال . وقد نص فى المادة ٥٤ منه على ما يأتى : « للولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، ويكون ذلك بإشهاد لدى الموثق ، وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر مع مراعاة حكم المادة ١٠٢٧ من قانون المرافعات » . ونص فى المادة ٥٥ منه على أنه « يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض » . وتكفلت المادتان

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد عدم الأهلية موجب لبطلان المشارطة ولو لم يكن فيها ضرر ، فجرد قصر البائع كاف لقبول دعوى إبطال البيع حتى لو تجرد التصرف من أى غبن ومهما كان شأن إفادة البائع مما قبض من ثمن ، إذ لكل من الحالين حكم خاص لا يمس دعوى الإبطال ولا يؤثر عليها . ثم استطردت المحكمة قائلة إن الاجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاطاً لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية . راجع نقض مدنى فى أول فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض السنة الثانية رقم ٥٥ ص ٢٨٩] .

(٢) كان قانون المجالس الحسبية القديم يقضى بأنه إذا بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ولم يمنع من التصرف جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه ما لم يمنع من ذلك ، أى أن التسلم يكون بحكم القانون . فالنص يشير إلى هذا الحكم القديم .

(٣) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١١٥ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وحذفت منه لجنة القانون بمجلس الشيوخ عبارة « غير مصاب بجنون أو عته » كما حذفتها من المادة السابقة . وأصبح رقم المادة ١١٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٧ — ص ١١٩) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١٣ (إذا بلغ الخامسة عشرة) الليبى م ١١٢ (موافق) — العراق م ٩٨ (إذا بلغ الخامسة عشرة) — اللبنانى م ٢١٧ (موافق) .

٥٦ و ٥٧ برسم الحدود التي يتصرف في نطاقها الصبي المأذون ، فنصت المادة ٥٦ على أن « للقاصر المأذون أن يباشر أعمال الإدارة ، وله أن يفي ويستوفي الديون المترتبة على هذه الأعمال . ولكن لا يجوز له أن يؤجر الأراضي الزراعية والمباني لمدة تزيد على سنة ولا أن يفي الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذي آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصي فيما يملكه من ذلك . ولا يجوز للقاصر أن يتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً »[1] . ونصت المادة ٥٧ على أنه « لا يجوز للقاصر سواء كان مشمولا بالولاية أو الوصاية ، أن يتجر إلا إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره وأذنت المحكمة في ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً » .

ويستثنى كذلك الصبي المميز في إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص متى بلغ السادسة عشرة . فقد نصت المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أن « يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ، ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته . ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور ، وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية »[2] .

ويجوز أيضاً للصبي المميز ، أياً كانت سنه ، أن يتصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من ماله لأغراض نفقته (م ٦١ قانون الولاية على المال) ، كما يجوز له إبرام عقد العمل الفردي ، وللمحكمة بناء على طلب الوصي أو ذي الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحته أو لمصلحة أخرى ظاهرة (م ٦٢ قانون الولاية على المال) .

---

(١) ويلاحظ أن قانون الإصلاح الزراعي ينص في المادة ٣٥ منه على أنه « لا يجوز أن تقل مدة إيجار الأراضي الزراعية عن ثلاث سنوات » . فلا يستطيع القاصر المأذون إيجار الأراضي الزراعية إلا بإذن خاص من الولي أو الوصي إذا كانت مدة الإيجار لا تزيد على ثلاث سنوات أو بإذن خاص من الولي أو المحكمة إذا زادت مدة الإيجار على ثلاث سنوات .

(٢) وتنص المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ على ما يأتي : « على صاحب العمل أن يسلم إلى العمال القصر أنفسهم إذا بلغوا أربعة عشر عاماً أجورهم ومكافآتهم وغير ذلك مما يستحقون بمقتضى أحكام هذا القانون ، ويكون هذا التسليم مبرئاً لذمته » .

أما غير ذلك من الأعمال فيباشرها عنه وليه أو وصيه على النحو الذى رأيناه فى الصبى غير المميز ، وذلك إلى أن يبلغ سن الرشد .

١٥٤ — البالغ الرشيد : تنص المادة ٤٤ من التقنين المدنى الجديد على أن : « ١ — كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . ٢ — وسن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة »[١] . وهذه السن عامة لجميع المصريين ، مسلمين أو غير مسلمين . فمتى بلغ القاصر هذه السن غير مجنون ولا معتوه وغير محكوم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لسبب من أسباب الحجر أصبح رشيداً أى كامل الأهلية[٢] . أما إذا كان قبل بلوغه هذه السن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، أو لم يحكم عليه ولكنه بلغ السن مجنوناً أو معتوهاً ، فتستمر الولاية عليه أو الوصاية بحسب الأحوال . ويترتب على ذلك أنه إذا بلغ السن وكان ذا غفلة أو سفيهاً ولم يكن قد حكم عليه باستمرار الولاية أو الوصاية للغفلة أو السفه ، فإنه يصبح رشيداً كامل الأهلية . وإذا أريد الحجر عليه بعد ذلك وجب استصدار حكم بالحجر ، وتختار المحكمة قيماً قد يكون غير الولى أو الوصى .

فإذا بلغ القاصر سن الحادية والعشرين رشيداً كملت أهليته ، وكان له بذلك أهلية الاغتناء وأهلية الإدارة وأهلية التصرف وأهلية التبرع ، يباشر كل ذلك بنفسه . ويسلمه وليه أو وصيه ماله ليكون حر التصرف فيه . وكل دعوى للقاصر على وصيه أو للمحجور عليه على قيمه تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تسقط بمضى خمس سنوات من التاريخ الذى انتهت فيه الوصاية أو القوامة : أنظر م ١/٥٣ من قانون الولاية على المال .

---

(١) ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٤٦ (سن الرشد ١٨ سنة) الليبى م ٤٤ (مطابق) — العراق م ١٠٦ (سن الرشد ١٨ سنة) — اللبنانى م ٢١٥ (سن الرشد ١٨ سنة) .

(٢) [وقرار المحكمة باستمرار الوصاية على القاصر بعد بلوغه سن الرشد ينتج أثره من تاريخ صدوره ، ويكون حجة على الكافة من تاريخ تسجيله ولو قبل نشره فى الجريدة الرسمية (نقض مدنى ١٧ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٦ ص ٩٣١)] .

كذلك يكون قابلا للابطال كل تعهد أو مخالصة يحصل عليها الوصى من القاصر الذى بلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الوصى الحساب عن وصايته (أنظر المادة ٥٢ من قانون الولاية على المال) .

على أنه قد يصيب الشخص بعد بلوغه سن الرشد عارض من عوارض الأهلية ، وهى التى سنتكلم عليها فيما يلى .

ب — تأثر الأهلية بعوامل أخرى غير السن
(عوارض الأهلية)

١٥٥ — حصر عوارض الأهلية : قد يبلغ الإنسان سن الرشد ، ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التمييز . والعارض أربعة : الجنون ، والعته ، والغفلة ، والسفه . ويلاحظ أن السفه إنما هو نقص فى التمييز فى دائرة التصرفات المالية ، ولذلك اندرج بين عوارض الأهلية .

وسنرى أن من يغيب غيبة منقطعة يقام عنه وكيل ، ومن حكم عليه بعقوبة جنائية ينصب قيم عليه ، ومن أصيب بعاهات معينة يعين له مساعد قضائى . وهذا كله لا يدخل فى الأهلية لأنه لا يرجع إلى التمييز بل يقوم على أسباب أخرى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

١٥٦ — الجنون : نصت المادة ١١٣ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى : « المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة ، وترفع الحجر عنهم ، وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة فى القانون »[1] . والقانون المقصود هنا هو أيضاً قانون

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١١٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة « وترفع الحجر عنهم » بعد عبارة « تحجر المحكمة عليهم » لاستظهار معنى أن الحجر لا يرفع إلا بحكم . وأصبح رقم المادة ١١٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٩ — ص ١٢١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١٤ (مطابق) — الليبى م ١١٣ (مطابق) . العراقى م ٩٤ — ٩٥ (المجنون والمعتوه محجوران لذاتهما) — اللبنانى لا مقابل .

الولاية على المال . وقد قضت المادة ٦٥ منه بأنه « يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعته أو للسفه أو للغفلة ، ولا يرفع الحجر إلا بحكم » . فالمجنون تحجر عليه المحكمة وتنصب له قيماً ، إلا إذا كان قد حكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنوناً فتبقى ولاية وليه أو وصيه .

وأهلية المجنون معدومة لأنه فاقد التمييز ، وتصرفاته القانونية تقع باطلة لانعدام الإرادة . وإلى هذا تشير المادة ١١٤ من التقنين المدنى الجديد إذ تنص على ما يأتى :

« ١ — يقع باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر » .

« ٢ — أما إذا صدر التصرف قبل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها »[1] .

فالمجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة ما دامت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر ، فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلا .

وولاية القيم على المجنون كولاية الوصى على الصغير، يباشر القيم وحده من التصرفات ما يباشره الوصى وحده ، ويستأذن المحكمة فى التصرفات التى يستأذن فيها الوصى ، ولا يستطيع مباشرة التصرفات التى لا يستطيع مباشرتها الوصى . وكالقيم على المجنون

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم المادة ١١٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وكذلك مجلس الشيوخ تحت رقم ١١٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢١ ص ١٢٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١٢ (مطابق) — م ١١٤ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى لا مقابل — وانظر فى تسجيل طلب الحجر وإمكان الاحتجاج بقرار الحجر من وقت تسجيل الطلب المواد ١٢٠٦ مرافعات وما بعدها .

ويلاحظ أن تصرف المجنون قبل تسجيل الحجر — إذا كانت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر — إنما يصح أخذاً بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، لأن الإرادة الباطنة عند المجنون لا وجود لها .

وصيه ، أما الولى على المجنون فمثل الولى على الصغير من حيث سعة الولاية ، وذلك كله إذا حكم باستمرار الوصاية أو الولاية عليه قبل بلوغه سن الرشد أو بلغ هذه السن مجنوناً .

١٥٧ — المعتوه : والمعتوه كالمجنون يحجر عليه وينصب له قيم إذا لم يكن له ولى أو وصى. والقيم على المعتوه ووليه ووصيه كالقيم على المجنون ووليه ووصيه من حيث مدى الولاية على المال .

أما المعتوه نفسه فقد يكون غير مميز فتكون أهليته معدومة ، شأنه فى ذلك شأن الصغير غير المميز والمجنون[1] . وقد يكون مميزاً فتكون له أهلية الصبى المميز . وقد سبق بيان ذلك[2] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن العته يعدم إرادة من يصاب به ، فتقع تصرفاته باطلة ، من وقت ثبوته . ولذلك لا يتطلب بطلانها توافر التحايل على القانون أو الغش أو التواطؤ بين المعتوه والمتصرف له كما هو الحال بالنسبة إلى المحجور عليه للسفه إذا ما أريد إبطال تصرفاته السابقة على قرار الحجر عليه ، كما أن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر على الماضى وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه (نقض مدنى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٣ ص١٤٩)

[وقد قضى بأنه لم يكن يشترط لإبطال التصرف فى ظل القانون القديم علم المشترى بعته البائع وقت البيع بل كان يكفى أن تستدل المحكمة على قيام حالة العته وقت التصرف بأدلة سائغة . وذلك على اعتبار أن العته متى ثبت قيامه فانه يعدم رضاء من يصاب به . ثم جاء القانون المدنى الجديد وأورد فى المادة (١١٤) حكما جديداً إذ أوجبت تلك المادة لبطلان التصرف السابق على تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته شائعة أو يكون المتصرف إليه على بينة منها (نقض مدنى فى ١٩٥١/١١/٢٢ مجموعة أحكام النقض السنة الثالثة رقم ١٨ ص ٩٣) .

كما قضى بأنه فى حالة عدم صدور قرار بتوقيع الحجر على شخص — للعته — بسبب وفاته أثناء تحقيق طلب الحجر — فان ذلك لا يحول دون الطعن — من جانب بعض ورثته — ببطلان التصرفات الصادرة منه إلى بقية الورثة ، ويكون الحكم بالبطلان سليما متى ركن إلى أدلة سائغة فى القضاء بالبطلان تأسيساً على أن المورث كان فى حالة من ضعف الارادة لا تتوافر معها صحة الرضاء بالعقود الصادرة منه . (نقض مدنى ١٩٥٤/١٢/٩ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٣٣ ص ٢٥٧)] .

(٢) أنظر فى كل ذلك المادتين ١١٣ و ١١٤ من التقنين المدنى الجديد ، وقد سبق ذكرهما — هذا وقيام حالة العته عند أحد المتعاقدين مما يتعلق بفهم الواقع فى الدعوى ، فلا يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٨ ص ٤١٤) . ولكن إذا كانت محكمة الموضوع قد أقامت قضاءها بقيام حالة العته وقت التعاقد على أقوال الشهود مؤداها أنه كانت =

١٥٨ — ذو الغفلة والسفيه : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٥ من التقنين المدنى الجديد على أنه « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف مايسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام » . ويتضح من ذلك أن ذا الغفلة والسفيه(١) يحجر عليهما وينصب لهما قيم . وتكون أهليتهما بعد تسجيل

= تنتابه نوبات عصبية ويتهيج فى بعض الأحيان ، وعلى أنه سبق أن حجر عليه للعته ، ورفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه ثانياً للعته والسفه بعد تعاقده ثم رفع عنه الحجر ، ثم حجر عليه مرة ثالثة لضعف قواه العقلية ، فإنما استدلت بهمن هذا ليس فيه ما من شأنه أن يؤدى إلى أن المحجور كان معتوهاً فى ذات وقت التعاقد ويكون هذا الحكم قاصر التسبيب متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٧ ص ٣٥٣) . ولعل محكمة النقض قد تأثرت فى هذه القضية بأن المتعاقد قد تكرر رفع الحجر عنه ، فلا شىء يقطع فى أنه وقت التعاقد بالذات كان معتوهاً . وهى فى قضية أخرى لم تبد هذا التشدد فى استخلاص قيام العته ، وذكرت أنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أقامت قضاءها ببطلان عقد لعته المتصرف على شهادة الشهود الذين سمعتهم وعلى قرائن مستقاة من مصادر صحيحة من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهت إليه ، فلا يقدح فى حكمها أن يكون قاضى التحقيق قد سأل أحد الأطباء الذين عالجوا المتصرف « هل كانت حالة المريض حالة عته قانونى يلى الجنون فى الدرجة » ، فأجاب بأنه « لم يكن على هذه الحالة وقت فحصه بمعرفتى ولكنه كان مشوش التفكير ضعيفاً فى بنيته وتفكيره بمعنى أنه يمكن التأثير عليه ويكون فى حالة تردد » ، فإن هذه الإجابة كاملة لاتشهد بسلامة عقله ، فضلا عن أن الطبيب ليس هو الذى يعطى الوصف القانونى للحالة المرضية التى يشاهدها ، بل الشأن فى ذلك للقضاء فى ضوء ما يبديه الطبيب (نقض مدنى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٠٦ ص ٢٣٨) .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف صاحب الغفلة ؛ فقال بعضهم إنه هو الشخص الذى لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة لسلامة قلبه فيغبن فى تصرفاته ، ويرى آخرون أنها امتداد لفكرة السفه . على أنه من المتفق عليه أنها من العوارض التى تعترى الإنسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية ، وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإدارة وحسن التقدير . وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابح فيها أو بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع . والحكمة فى توقيع الحجر بسببها هى المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع ، وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنه ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٤٩ ص ٣٨٦) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن السفه والغفلة بوجه عام يشتركان فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ، إلا أن الصفة المميزة للسفه هى أنها تعترى الإنسان فتحمله على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع . أما الغفلة فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإداره والتقدير (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٣ ص ٩٣٧ — وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٠ نوفبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠١ ص ١٤٨٥ — ١٩ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤ ص ١١٧) . وقضت محكمة النقض بأن السفه هو انفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل . وتصرف الانسان فى كل مايملك لزوجته =

قرار الحجر ناقصة كأهلية الصبي المميز ، فتثبت لها أهلية الاغتناء ، وتتقيد أهلية الإدارة وأهلية التصرف بالقيود التي سبق ذكرها في الصبي المميز ، وتنعدم أهلية التبرع .

واستثنى في أهلية التصرف نوعان من التصرفات هما الوقف والوصية ، فهذان يكونان صحيحين إذا صدرا من السفيه أو ذى الغفلة وأذنته المحكمة فيهما . وتقضى الفقرة الأولى من المادة ١١٦ مدنى بهذا الحكم إذ تنص على أن « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو غفلة بالوقف أو بالوصية صحيحاً متى أذنته المحكمة في ذلك » . كذلك يجوز للمحجور عليه للسفه أو للغفلة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها على النحو الذى رأيناه في الصبي المميز الذى بلغ الثامنة عشرة وفى الحدود التي سبق ذكرها هناك . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٦ مدنى مقصورة في هذا الصدد على السفيه إذ تنص على أن « تكون أعمال الإدارة الصادرة من المحجور عليه لسفه المأذون له بتسلم أمواله صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » ، فإن المادة ٦٧ من قانون الولاية على المال تشمل كلا من السفيه وذى الغفلة إذ تنص على أنه « يجوز للمحجور عليه للسفه أو الغفلة بإذن من المحكمة أن يتسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ، وفى هذه الحالة تسرى عليه الأحكام التي تسرى في شأن القاصر المأذون » .

= وأولاده الصغار ، سواء كان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض ، لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل ، بل هو تصرف تمليه الرغبة في تأمين مستقبل الزوجة والصغار الذين يرعاهم ، وليس من شأن هذا التصرف إتلاف المال في مفسدة ، بل إن فيه حفظ المال لمن رأى المتصرف أنهم أحق أهله به ، إذ الشرع لا يحرم على الإنسان الخروج عن ماله حال حياته ، كلا أو بعضاً ، لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول لهم . كما أنه ليس في خروج الإنسان عن ماله لزوجته وأولاده الصغار ما ينبىء عن استئثار أو تسلط ، لأن تصرفه لهم أمر تمليه العاطفة وتدفع إليه الغريزة . كما أن تصرفاته التبرعية لهم لا يمكن أن يوصف معها بالغفلة ، لأن الغفلة هي ضعف الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير (نقض مدنى ٢٠ يونيه سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٩ ص ٦١٩) — وقضت أيضاً بأن الغفلة لا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية ، إنما هي تقوم على فساد التدبير وترد على حسن الإدارة والتقدير ، وهي على هذا الوصف وإن كان يرجع في إثباتها أو نفيها لذات التصرفات التي تصدر من الشخص ، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تستمد محكمة الموضوع أيضاً الدليل إثباتاً ونفياً من أقوال المطلوب الحجر عليه في التحقيقات ومن مناقشتها له ، فإذا ما كشفت هذه الأقوال عن سلامة الإدراك والتقدير أمكن الاستدلال بها على انتفاء حالة الغفلة ، دون أن يؤخذ على هذا الاستدلال الخطأ في مفهومها أو في تطبيق هذا المفهوم (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٦ ص ٧٦ — وأنظر أيضاً نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٦٠ ص ٥٠١ وكذلك نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة العاشرة رقم ١٦ ص ١١٣)] .

هذا هو حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر . أما التصرفات الصادرة قبل تسجيل قرار الحجر فهى فى الأصل صحيحه ، لأن انتقاص الأهلية لايثبت إلا بالحجر . وهذا هو رأى الإمام أبى يوسف ، خلافاً لرأى الإمام محمد الذى يذهب إلى أن الحجر للسفه يثبت بقيام السبب نفسه لا بحكم القاضى . ولا يسرى الحجر فى حق الغير إلا من وقت تسجيل القرار الصادر به وفقاً للمبادىء العامة . ولا يحتج الغير بعدم علمه بالحجر متى كان القرار مسجلا[1] .

لكن يقع كثيراً أن السفيه أو ذا الغفلة يتوقع الحجر عليه فيعمد إلى تبديد أمواله بالتصرف فيها إلى من يتواطأ معه على ذلك ، أو أن ينتهز الغير هذه الفرصة فيستصدر منه تصرفات يستغله بها ويبتز أمواله . ففى هاتين الحالتين — حالة التواطؤ وحالة الاستغلال — يكون تصرف السفيه أو ذى الغفلة باطلا إذا كان من أعمال التبرع ، أو قابلا للإبطال إذا كان من أعمال التصرف أو أعمال الإدارة . وهذا ما استقر عليه القضاء المصرى فى عهد التقنين القديم[2] ، وأكده التقنين الجديد فى الفقرة الثانية من المادة ١١٥ إذ تنص على

---

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٧٨ ص ١٩٧ .

(٢) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ ص ٤٥ — وفى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٨ ص ١٦١ — محكمة استئناف أسيوط فى ١٦ نوفبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٦٣٣ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٢ — وفى ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٧ . محكمة الجيزة فى ٩ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٢٣ ص ٥٠٢ . وانظر سائر الأحكام المشار إليها فى نظرية العقد للمؤلف ص ٣٤١ هامش ٣ — واستقر قضاء محكمة النقض على ذلك : نقض مدنى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٩ ص ١٤٧ — وفى ٥ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٦ ص ١٥٩ — وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أبانت ظروف التصرف الصادر من المتصرف قبل توقيع الحجر عليه للسفه وفى فترة طلب الحجر ، واستدلت بها على أن المشترين غشوه فذهبوا به بعيداً عن بلدتهم حتى لا ينكشف أمرهم ، وهم على علم بالإجراءات المتخذة لتوقيع الحجر عليه ، لكى يتم بيع العين لهم قبل صدور قرار المجلس الحسبى بالحجر ، فانقاد لهم حتى يقبض منهم قبل غل يده ما دفعوه له من ثمن ، ثم قضت بإبطال التصرف ، فإنها تكون قد أقامت قضاءها هذا على مقدمات تنتجه وهى قيام التواطؤ بين المتصرف لهم والمتصرف مع علم المتصرف لهم بما كان يتردى فيه المتصرف من سفه وانتهازهم فرصة سفهه للإثراء من ماله حين كانت الإجراءات القانونية تتخذ لحمايته — ومتى كانت القرائن التى أخذت بها محكمة الموضوع فى إثبات علم المشترى =

على ما يأتى : « أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاأو قابلا للابطال إلا إذا كان نقيجة استغلال أو تواطؤ »[1].

= بحالة سفه البائع مؤدية عقلا إلى ما انتهت إليه من ذلك ، فلاشأن لمحكمة النقض معها (نقض مدنى ١٨ نوفبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٧ ص ٢١٣) .

وقضت محكمة النقض من جهة أخرى بأنه إذا تعاقد شخص بعقد عرفى على البيع ، فلما علمت زوجته بذلك طلبت إلى المجلس الحسبى توقيع الحجر عليه ، وأرسلت إلى المشترى إنذاراً حذرته فيه من إتمام الشراء لأنها طلبت الحجر على البائع ، فلم يعبأ ونفذ الشراء بالعقد العرفى عن طريق عقد رسمى ، وقرر المجلس الحسبى بعد ذلك توقيع الحجر ، ثم حكمت المحكمة بصحة العقد ، وأوردت فى حكمها ظروف التعاقد وملابساته على الوجه المتقدم ، واستخلصت منها استخلاصاً سليما أن الصفقة لم تتم عن تواطؤ وغش ، وأن البيع الصادر من المحجور عليه قد انعقد بالعقد العرفى قبل الحجر ، وأن العقد الرسمى اللاحق لم ينشىء البيع بل إنه لم يكن إلا تنفيذاً للعقد الأول ، فهذا الحكم سليم ولا خطأ فيه (نقض مدنى فى ٦ نوفبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥) . ويلاحظ هنا أن البيع كان قد تم بالعقد العرفى قبل أن يعلم المشترى بإجراءات الحجر ، ولم يكن العقد الرسمى اللاحق إلا تنفيذاً للعقد العرفى السابق .

[وانظر أيضاً : نقض مدنى ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٣ ص ٢٥٧ ، ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٢١ ص ٨٤٧ ، ١١ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤١ ص ٤٠٤] .

(١) تاريخ المادتين ١١٥ و ١١٦ من التقنين المدنى الجديد : (أولا) المادة ١١٥ : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى ، ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم ١١٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١١٥ ، ثم مجلس الشيوخ. (ثانياً) المادة ١١٦ : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى ، ولجنة المراجعة هى التى وضعته تحت رقم ١٢٠ فى المشروع النهائى ، وكان مقصوراً على الفقرة الأولى منه . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ أضيفت الفقرة الثانية من النص توخياً لاستكمال الأحكام الموضوعية الخاصة بناقص الأهلية فى المشروع وأصبح رقم المادة ١١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٣ — ص ١٢٨) .

ويقابل النصان فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١٦ — م ١١٧ (مطابق) — الليبى م ١١٥ — م ١١٦ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

هذا وقد كانت لجنة المراجعة وضعت نصاً هو المادة ١١٩ من المشروع النهائى يجرى على الوجه الآتى : « إذا كان طلب الحجر قد سجل قبل تسجيل قرار الحجر ترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار » . وقد وافق مجلس النواب على هذا النص . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ اقترح حذفه لأنه حكم تفصيلى ورد فى قانون المحاكم الحسبية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٦ — ص ١٢٧ فى الهامش) .

[وقد قضى بأن قرار الحجر للسفه ليس له أثر الا من تاريخ صدوره فلا ينسحب على التصرفات السابقة عليه مالم تكن قد حصلت بطريق الغش والتواطؤ — والفتوى فى هذا الخصوص هى على رأى أبى يوسف =

وينصب القيم على السفيه وذى الغفلة على النحو الذى ينصب به القيم على المجنون والمعتوه أو يعين به الوصى على القاصر . ولا تستمر الولاية أو الوصاية على القاصر إذا بلغ سفيهاً أو ذا غفلة ، بل يجب الحجر عليه ونصب قيم له كما قدمنا . وولاية القيم على مال السفيه وذى الغفلة كولايته على مال المجنون والمعتوه كولاية الوصى على مال القاصر ، وقد تقدم ذكر ذلك[1] .

١٥٩ — الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جناية : وهناك حالتان تلحقان عادة بالأهلية، ولكنهما لا يتصلان بها إلا من حيث مظاهر الحجر وإقامة نائب عن المحجور ، وهما حالتا الغائب والمحكوم عليه بعقوبة جناية .

فالغائب هو كل شخص كامل الأهلية لا تعرف حياته أو مماته وانقضت سنة أو أكثر على غيابه ، أو تكون حياته محققة ولكنه هجر موطنه راضياً أو مرغماً وحالت ظروف قاهرة دون إدارته شؤونه بنفسه أو بوكيل عنه مدة أكثر من سنة ، وترتب على ذلك أن تعطلت مصالحه أو مصالح غيره (م ٧٤ قانون الولاية على المال) . ويتبين من ذلك أن الغائب شخص كامل الأهلية ، ولكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تتعطل مصالحه ومصالح الناس . ويلاحظ أن القانون استعمل لفظ « الغائب » لا لفظ « المفقود » لأن اللفظ الأول ينطوى على معنى أعم من المعنى الذى ينطوى عليه اللفظ

= وحاصله أن تصرفات السفيه قبل الحجر نافذة . فالحكم بإبطال تصرف السفيه قبل الحجر عليه على أساس الاحتيال على القانون لا يقوم إلا إذا تبين أن المتصرف له قد تعامل مع السفيه وهو عالم بسفهه متواطئاً معه فى تعامله لتفويت آثار حجر متوقع (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ — مجموعة أحكام النقض السنة الأولى رقم ١٢٣ ص ٤٩١) — وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٥ مايو ١٩٥٠ — (مجموعة أحكام النقض السنة الأولى رقم ١٣٧ ص ٥٤٧) . وكذلك نقض مدنى ١٩٥١/١/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة الثانية رقم ٥٣ ص ٢٧٧) . كما قضت محكمة النقض بأن مجرد ثبوت تحرير العقدين فى الفترة ما بين تاريخ تقديم طلب الحجر وتاريخ صدور القرار بتوقيعه لا يكفى بذاته لترتيب البطلان بل يلزم أيضاً إثبات أن التصرف كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٤١ ص ٢٦٨)] .

(١) ومن ثم فقد نصت المادة (٧٨) من قانون الولاية على المال على أنه « يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء » .

الثانى . فالمفقود فى الشريعة الإسلامية هو من يختفى بحيث لا يعرف أحى هو أم ميت ، أما الغائب فهذا وغيره ممن تكون حياته محققة ولكنه بعد عن موطنه بحيث لم يعد يستطيع أن يدير شؤونه بنفسه . وقد قضت المادة ٧٥ من قانون الولاية على المال بأنه « إذا ترك الغائب وكيلا عاماً تحكم المحكمة بتثبيته متى توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى ، وإلا عينت غيره » . ثم قضت المادة ٧٨ من هذا القانون بأن « يسرى على القوامة والوكالة عن الغائبين ، الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء » . ويسرى على القامة والوكلاء عن الغائبين الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء » . وقضت المادة ٧٦ من القانون ذاته بأن « تنتهى الغيبة بزوال سببها أو بموت الغائب أو بالحكم من جهة الأحوال الشخصية المختصة باعتباره ميتاً » .

أما المحكوم عليه بعقوبة جناية فتقضى أحكام قانون العقوبات (م ٢٥) بأن يكون محجوراً عليه مدة تنفيذ العقوبة ، ويختار قيما تصدق عليه المحكمة ، أو يعين القيم المحكمة المدنية الكلية التى يقع فى دائرتها محل إقامته إذا لم يختر أحداً . ويتولى القيم إدارة ماله . أما أعمال التصرف فلا بد فيها من إذن المحكمة المدنية وإلا كانت باطلة .

ومن ذلك نرى أن الحجر على المحكوم عليه لا يرجع لنقص أهليته ، فهو كامل الأهلية لأنه كامل التمييز . وإنما وقع الحجر عليه لاستكمال العقوبة من جهة ، وللضرورة من جهة أخرى[١] .

---

(١) وقد جاء فى كتاب « شرح القانون المدنى » لفتحى زغلول (ص ٣٧ — ص ٣٨) قريباً من هذا المعنى ، ما يأتى : « إن عدم أهلية المحكوم عليه أخف من عدم أهلية القاصر أو السفيه من وجه بقاء التصرفات له مع إذن المحكمة . والواقع أنها أهلية من نوع خاص سببها اعتقال رب المال ، فلا هو قليل الخبرة ولا ضعيف العقل ولا هو غائب ، ولهذا يحترم رأيه غالباً فى إدارة أعماله ، ويؤذن له كذلك بإجراء ما يريد من التصرفات » .

[وقد قضت محكمة النقض بأن كل حكم بعقوبة جناية لا يستلزم حتما وبصفة عامة ترتيب الحرمان المنصوص عليه فى المادة (٢٥) فقرة (٤) من قانون العقوبات . فالأحكام الصادرة من محاكم غير عادية عن جرائم مؤثمة بأمر من أوامر السيادة لاينطبق عليها هذا النص لأنه لاينطبق إلا على الجرائم المنصوص عليها فى قانون العقوبات أو الواردة فى القوانين الأخرى واللوائح الخاصة ولا يجوز قياس أمر السيادة على القانون فى هذا الخصوص لاختلاف طبيعة كل منهما (نقض مدنى ١٩٥٥/٦/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٧٧ ص ١٣٠٧)] .

١٦٠ — المساعدة القضائية : وقد استحدث قانون المحاكم الحسبية فى مصر نظام المساعدة القضائية (assistance judiciaire) . ونقله التقنين المدنى الجديد ، فنص فى المادة ١١٧ على ما يأتى :

« ١ — إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم ، أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك » .

٢ — ويكون قابلا للابطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة »(١) .

أما قانون الولاية على المال فقد نص فى المادة ٧٠ على أنه « إذا كان الشخص أصم أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ ويجوز لها ذلك أيضاً إذا كان يخشى من إنفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد » . ونصت المادة ٧١ من هذا القانون على أنه « يشترك المساعد القضائى فى التصرفات المشار إليها فى المادة

---

(١) تاريخ النص : لم يرد هذا النص فى المشروع التمهيدى . واقترحت لجنة المراجعة النص الآتى : « يكون قابلا للابطال كل تصرف يصدر من شخص تقررت مساعدته قضائياً إذا صدر هـذا التصرف بغير معاونة المساعد ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة فى القانون » ، وأصبح رقم المـادة ١٢١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على هذا النص دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ اقترحت إضافة فقرة أولى تتضمن النص الوارد فى المـادة ٤٧ من قانون المحاكم الحسبية فى بيان حالة من تجب له المساعدة القضائية ، واقترح كذلك أن يكون حق طلب الإبطال قاصراً على التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فى شأنها . وقد أخذت اللجنة بهذين الاقتراحين لأن أولهما يرمى إلى استكمال الأحكام الموضوعية فى التقنين المدنى فيما يتعلق بناقص الأهلية ، والثانى يقيد النص تقييداً انصرفت إليه نية واضعه . فأقرت اللجنة النص كما ورد فى القانون ، وأصبح رقم المادة ١١٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٢٨ — ص ١٣١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١١٨ (مطابق) — الليبى م ١١٧ (مطابق) — العراق م ١٠٤ (موافق) — اللبنانى لا مقابل .

السابقة . وإذا امتنع عن الاشتراك فى تصرفه جاز رفع الأمر للمحكمة ، فإن رأت أن الامتناع فى غير محله أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى إبرامه ، أو عينت شخصاً آخر للمساعدة فى إبرامه ، وفقاً للموجبات التى تبينها فى قرارها . وإذا كان عدم قيام الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بتصرف معين يعرض أمواله للخطر ، جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر بعد التحقيق بانفراد المساعد بإجراء هذا التصرف » .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن المساعدة القضائية إنما تتقرر لاجتماع عاهتين فى الجسم من عاهات ثلاث : العمى والبكم والصمم أو وجود عجز جسمانى شديد يخشى معه من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله . والسبب فيها ليس نقص الأهلية ، فإن التمييز الكامل متوافر عند من تقرر له المساعدة القضائية ، ولكن هو العجز الطبيعى عن التعبير عن الإرادة كما صرحت بذلك النصوص السابق ذكرها .

والمساعدة القضائية تتقرر للتصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال ، وفى التصرفات التى لا يجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن من المحكمة . فإذا وقع تصرف منها بغير معاونة المساعد ، كان التصرف قابلا للابطال لمصلحة من تقررت له المساعدة ، إذا صدر بعد تسجيل الحكم بتقرير المساعدة . ويجوز لمن تقررت له المساعدة إذا رأى إبرام تصرف ، واختلف معه فى الرأى المساعد القضائى فلم ير إبرامه ، أن يرفع الأمر إلى المحكمة ، فتأذن له فى إبرامه منفرداً أو بمساعدة مساعد قضائى آخر ، إذا رأت أن امتناع المساعد القضائى الأول فى غير محله ، ويكون التصرف فى هذه الحالة صحيحاً غير قابل للابطال . وعلى العكس من ذلك ، إذا امتنع من تقررت له المساعدة عن إبرام تصرف فعرض أمواله بذلك للخطر ، جاز للمساعد القضائى رفع الأمر للمحكمة ، ولها أن تأمر بعد التحقيق بأن ينفرد المساعد القضائى بإبرام هذا التصرف ، فيقع التصرف صحيحاً غير قابل للابطال .

والمساعد القضائى يعين ويعزل وفقاً للاحكام التى تتبع فى تعيين القيم وعزله ، وتسرى عليه الأحكام الخاصة بالقوامة .

المطلب الثانى

عيوب الإرادة

(Vices du consentement)

١٦١ — حصر عيوب الارادة : اشتمل المشروع التمهيدى على نص هو المادة ١٦٦ من هذا المشروع ، حذف فى المشروع النهائى ، وقد جرى بما يأتى : « لكل من شاب رضاءه غلط أو تدليس أو انتزع رضاؤه بالإكراه أو باستغلال حاجة له أن يطلب إبطال العقد وفقاً للأحكام التالية »[1] .

---

(١) أنظر المادة ١٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وكانت المادتان ١٩٣/١٣٣ من القانون المدنى القديم تنصان على أنه « لا يكون الرضا صحيحاً إذا وقع عن غلط أو حصل بإكراه أو تدليس » — هذا ولما تليت المادة ١٦٦ من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة اقترح حذفها لأن الأحكام التى تقررها منصوص عليها فى المواد التالية ، فوافقت اللجنة على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤١ فى الهامش).

وننقل هنا النظرة العامة التى وردت فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن عيوب الإرادة ومنها يبين ما استحدثه القانون الجديد : « تتضمن النصوص المتعلقة بالغبن أهم ما استحدث المشروع من أحكام بشأن عيوب الرضاء . فقد اقتفت هذه النصوص أثر التقنينات الجرمانية والمشروع الفرنسى الإيطالى وجعلت من الغبن سبباً عاماً للبطلان النسبى وانتقاص العقود إذا أتيح لأحد المتعاقدين أن يستأثر بربح فاحش من طريق استغلال حاجة المتعاقد الآخر أو طيشه . وقد يؤخذ على هذا الحكم أن إعماله ينتهى إلى تحكم القاضى . بيد أن فى سابقات التشريع ما يحمل على التغاضى عن هذا النقد والاطمئنان إلى ما جرى عليه المشروع . فالتقنينات الحديثة ، وفى طليعتها التقنين الألمانى والتقنين السويسرى والتقنين النمساوى المعدل والتقنين البولونى والتقنين اللبنانى والتقنين الصينى والتقنين السوفييتى ، بل والمشروع الفرنسى الإيطالى رغم نزعته المحافظة ، تجعل جميعاً من الغبن سبباً عاماً للبطلان . ثم إنه ليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من تحكم القاضى فى هذه الحالة أكثر من سواها ، فهو بذاته القاضى الذى يتولى فى حياته اليومية تقدير الغلط الجوهرى والنية الحسنة والباعث المشروع والضرر الجسيم والباعث المستحث وما إلى ذلك . على أن النص فى الغبن بوجه عام لا يستتبع إطراح الأحكام التقليدية الخاصة بصور معينة منه يعبر عن معناه بالأرقام ، توخياً لإحلال الكم محل الكيف ، كأحوال الغبن فى البيع والقسمة والاتفاق على سعر الفائدة — ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع استحدث أحكاماً جزيلة الفائدة بشأن ما يشوب الرضا من عيوب أخرى ، فواجه مسائل عديدة أغفلها التقنين المصرى الحالى ، كالغلط المشترك والغلط فى القانون وغير ذلك . ثم إنه عدل النصوص المتعلقة بالتدليس تعديلا يكفل زوال الخلاف القائم بين النصوص العربية والنصوص الفرنسية فى التقنين الحالى (القديم) . وتناول فوق ذلك مسائل أخرى كسكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة يجهلها المتعاقد الآخر . أما النصوص الخاصة بالإكراه فقد روعى فى وضعها أن تكون متناسقة مع ما ورد بشأن التدليس . فالإكراه ، سواء أكان صادراً من أحد المتعاقدين أم من الغير ، له ما للتدليس من أثر =

ويتبين من ذلك أن عيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال. ولا بد فى هذا الصدد من التميز بين إرادة معيبة وإرادة غير موجودة. فالإرادة المعيبة هى إرادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص غير حر فى إرادته أو على غير بينة من أمره. فإرادته تعلقت بمحلها تعلقاً حقيقياً ومن ثم فهى موجودة. ولكنها ما كانت تتعلق به لو أنها كانت على هدى أو كانت مختارة ومن ثم فهى معيبة. أما الإرادة غير الموجودة فمجرد مظهر خارجى يوهم أنها موجودة ، ولكنه فى الواقع من الأمر لا ينطوى على إرادة تعلقت بمحلها. وما يصدر من المجنون أو السكران أو الصبى غير المميز لا يعتبر إرادة ، إذ أن أحداً من هؤلاء لا يميز ما يفعل. وكذلك الإشارة الطائشة تصدر عن غير قصد لا تكون إرادة ، ولو صدرت من شخص عاقل. ويترتب على هذا التميز الجوهرى أن العقد الذى يقوم على إرادة غير موجودة لا يكون له وجود أو هو عقد باطل. أما العقد الذى يقوم على إرادة معيبة فهو موجود لأن الإرادة موجودة. ولكن يجوز للمتعاقد الذى شاب إرادته عيب أن يبطله ، فهو عقد قابل للابطال. وسنرى تفصيل ذلك فيما يلى.

وتتصل نظرية عيوب الإرادة بنظرية سلطان الإرادة اتصالا وثيقاً. فإرادة الفرد. ولها المقام الأول فى توليد الروابط القانونية وفى ترتيب آثارها ، يجب أن تكون على هدى مختارة ، وإلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب المتقدمة ليست إرادة صحيحة ، فلا يكون لها سلطان كامل.

ونتولى الآن بحث عيوب الإرادة متعاقبة : الغلط فالتدليس فالإكراه فالاستغلال.

= فى صحة العقد. وقد قضى المشروع ، فيما يتعلق بتقدير الإكراه ، على التناقض المعيب الذى تنطوى عليه نصوص التقنين الحالى (القديم) ... بأن احتكم إلى معيار شخصى بحت ، قوامه الاعتداد بجنس المكره وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة ما يقع عليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٣٩ — ١٤٠).

§ ١ — الغلط (*)

(L'erreur)

١٦٢ — تعريف الغلط : يمكن تعريف الغلط بأنه حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع . وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها . أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها . والغلط بهذا التعريف الشامل ينتظم كل أنواع الغلط ، ولا يقف عند نوع معين منها . والذى نريده هنا هو غلط يصيب الإرادة . فينبغى أن نمحص هذا النوع من الغلط بتمييزه عن غيره من الأنواع الأخرى وبرسم الدائرة التى تحصر نطاقه حتى نستطيع بعد ذلك أن نبين قواعده وأحكامه .

١٦٣ — الغلط المانع : وأول نوع من الغلط تستبعده من دائرة بحثنا هو ما يسمى عادة بالغلط المانع (erreur-obstacle) . وهو غلط يقع ، طبقاً لنظرية تقليدية فى الفقه الفرنسى[١] ، فى ماهية العقد ، كما إذا أعطى شخص لآخر نقوداً على أنها قرض وأخذها الآخر على أنها هبة ، أو فى ذاتية المحل ، كما لو كان شخص يملك سيارتين من صنفين مختلفين فباع إحداها والمشترى يعتقد أنه يشترى الأخرى ، أو فى السبب ، كما إذا اتفق الورثة مع الموصى لهم على قسمة العين الشائعة بينهم ثم يتضح أن الوصية باطلة .

وظاهر أن هذا النوع يعـدم الإرادة ولا يقتصر على أن يعيبها . ففى الأمثلة التى

(*) بعض المراجع : ريكاردو فيبنى (Riccardo Fubini) فى المجلة ربع السنوية ١٩٠٢ ص٣٠٦ — جوسران فى الباعث فى الأعمال القانونية ص ٣٠ وما بعدها — مورى (Maury) : الغلط فى المادة فى عقود المعاوضة (مجموعة دراسات لتخليد ذكرى كابيتان ص ٤٩١) — جورف (Gorphe) فى مبدأ حسن النية سنة ١٩٢٨ ص ١١٥ — سيليس (Celice) باريس سنة ١٩٢٢ — جودفروى (Goudefroy) باريس سنة ١٩٢٥ — موتون (Mouton) ليون سنة ١٩٢٥ — فهمى نور ليون سنة ١٩٢٦ — مارث فورنييه (Marthe Fournier) ديجون سنة ١٩٣٦ — دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩٤٧ ص٣١ — [دى باج جزء أول ص ٤٥ وملحق الجزء الأول ص ٢٤ وما بعدها] — بيدان جـ ٨ ص ٧٠ وما بعدها — والتون ١ ص ٢٢٨ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٤٢ وما بعدها — حلمى بهجت بدوى فقرة ١١١ وما بعدها — حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٧ ومابعدها — [سليمان مرقس فقرة ١٩٢ ص ٢٤٩ — أنور سلطان فقرة ١١٥ ص ١٣٦ — عبد المنعم فرج الصده فقرة ١٥٢ ص ١٨١] .

(١) [أنظر بيدان جـ ٨ بند ١٠٠ ص ٧١] .

قدمناها لم تتوافق الإرادتان على عنصر من العناصر الأساسية : ماهية العقد أو المحل أو السبب . فالتراضى إذن غير موجود ، والعقد باطل أى منعدم . وهذا هو الذى يدعونا لاستبعاد الغلط المانع من دائرة البحث ، فهو يتصل بوجود التراضى لا بصحته ، ونحن الآن فى صدد صحة التراضى بعد أن فرغنا من الكلام فى وجوده .

١٦٤ — **اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة** : وقد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، فيؤخذ بإحداهما دون الأخرى كما بينا فيما تقدم . والكلام فى الإرادتين وفرق ما بينهما ليس كلاماً فى عيوب الإرادة[1] ، بل كلام فى الإرادة ذاتها أى فى وجودها لا فى صحتها . فيجب استبعاد هذه المسألة أيضاً من دائرة البحث[2] .

١٦٥ — **الغلط فى النقل أو فى التفسير** : والغلط الذى يعنينا بحثه هنا هو الغلط الذى يقع وقت تكوّن الإرادة (erreur sur la formation de la volonté). وهناك غلط لا يعيب الإرادة يجب كذلك استبعاده من دائرة البحث ، وهو غلط يقع وقت نقل الإرادة إذا نقلت على غير وجهها ، وهذا ما يسمى بالغلط فى النقل (erreur de transmission)، أو يقع فى تفسيرها إذا فهمها من توجهت إليه على غير حقيقتها ، وهذا ما يسمى بالغلط

---

(١) هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الباطنة وتستظهر مغايرتها للإرادة الظاهرة ، فقد ترجع هذه المغايرة إلى غلط وقع فيه المتعاقد الذى صدرت منه هذه الإرادة . ولكن ليست كل مغايرة بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة غلطاً ، فالهازل والشخص الذى يضمر غير ما يظهر فى حالة التحفظ الذهنى (réserve mentale) كلاهما تختلف إرادته الظاهرة عن إرادته الباطنة دون أن يكون واقعاً فى غلط .

(٢) وقد يقع الغلط فى الإرادة الظاهرة كما يقع فى الإرادة الباطنة : والغلط الذى يقع فى الإرادة الظاهرة ليس هو مغايرتها للإرادة الباطنة ، بل هو غلط يقع فى التعبير عن الإرادة ذاتة أى فى الإرادة الظاهرة . ويأتى سالى بمثل على ذلك : شخص عنده حصانان ، حصان أسود فيه عيب يريد بيعه من أجله وحصان أبيض لا عيب فيه ولا يريد بيعه . فإذا قال : أبيعك الحصان الأبيض ، وهو يريد أن يقول : الأسود ، كان هناك غلط فى الإرادة الظاهرة . أما إذا اعتقد خطأً أن الحصان الأبيض هو المعيب ، فقال أبيعك الحصان الأبيض ، كان هناك غلط فى الإرادة الباطنة لا فى الإرادة الظاهرة . والقانون الألمانى يجعل العقد قابلا للإبطال لكل من هذين النوعين من الغلط (أنظر فى هذا الموضوع سالى فى إعلان الإرادة ص ١١ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف ص ٣٥٩ هامش رقم ٤) .

فى التفسير (erreur d'interprétation). والفرق بين الغلط الذى يقع وقت تكوّن الإرادة والغلط الذى يقع فى النقل أو فى التفسير أن الغلط الأول هو حالة تقوم بنفس من صدرت منه الإرادة ، أما الغلط الآخر فحالة تقوم بنفس من توجهت إليه الإرادة[1] .

---

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص هو المادة ١٧٢ من هذا المشروع ، جرى بما يأتى : « تسرى الأحكام الخاصة بالغلط فى حالة ما إذا نقل رسول أو أى وسيط آخر إرادة أحد المتعاقدين محرفة » . وقد حذفت هذه المادة فى المشروع النهائى « لأنها تقرر حكماً تفصيلياً لا حاجة إليه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٦ — ص ١٦٧ فى الهامش) . والنص المحذوف مع مذكرته الإيضاحية يوهم أن الغلط فى النقل أو فى التفسير غلط يعيب الإرادة . والصحيح أنه يكون سبباً فى عدم توافق الإرادتين فلا ينعقد العقد . هذا ما لم يؤخذ بالإرادة الظاهرة فى حالة التحريف فى النقل (قارن المادة ١٢٠ من القانون الألمانى) ، فيكون العقد صحيحاً ويؤخذ بالإرادة المحرفة على أنها هى الإرادة الصحيحة لمن صدرت منه هذه الإرادة . والقضاء المصرى يأخذ بالرأى الأول ولا يعتبر العقد قد تم لعدم توافق الإرادتين ، وقد سبق بيان ذلك (أنظر آنفاً فقرة ١٢٢ فى الهامش) . وسواء أخذ بالرأى الأول تمشياً مع نظرية الإرادة الباطنة أو أخذ بالرأى الثانى تمشياً مع نظرية الإرادة الظاهرة ، فإن الوسيط الذى حرف الإرادة يكون مسئولا نحو المتعاقد الأول إذا انعقد العقد ، أو نحو المتعاقد الآخر إذا لم ينعقد .

ومن قبيل الغلط فى النقل مجرد الغلط فى الحساب وغلطات القلم . وهذا الغلط لا يؤثر فى انعقاد العقد ولا فى صحته . وقد ورد نص صريح فى هذا المعنى فى القانون الجديد ، فنصت المادة ١٢٣ على أنه «لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط » (أنظر المادتين ٥٣٦/٦٥٨ من القانون القديم فيما يتعلق بتصحيح أرقام الحساب فى عقد الصلح — وقد ورد نص القانون الجديد فى المشروع التمهيدى تحت رقم المادة ١٧٠ ، وفى المشروع النهائى تحت رقم المادة ١٢٧ ، ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٢٣ ، فمجلس الشيوخ تحت الرقم ذاته : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٤ — ص ١٦٦) . والقضاء المصرى مضطرد فى هذا المعنى : محكمة الاستئناف الوطنية فى أول ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ١٣٩ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٦ — وفى ٧ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٤ — وفى ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٥ — وفى ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٣٦ — وفى ٣ أبريل سنه ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ — وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٧ . وقد قضت محكمة النقض بأن الخطأ فى ذات الأرقام المثبتة بحساب المقاولة (erreur de calcul) يجوز طلب تصحيحه متى كان هذا الغلط ظاهراً فى الأرقام الثابتة فى كشف الحساب المعتمد من قبل ، أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها ، أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً . أما إعادة حساب تلك المقاولة من جديد فإن القانون يأباه ، لأن عمل المقاس والحساب النهائى عن المقاولة بعد إتمامها ما دام عملا متفقاً عليه فى أصل عقدها ، فإن هذا الاتفاق متى نفذ بعمل المقاس والحساب فعلا ووقع عليه بالاعتماد ، فقد انقضت مسئولية كل عاقد عنه ، واصبح هو ونتيجته ملزماً للطرفين (نقض مدنى فى ٧ نوفبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد تبينت من واقع الدعوى أن التبايع الذى هو محل النزاع قد وقع على عين معينة =

١٦٦ — الغلط الذى يعيب الإرادة : ويبقى ، بعد استيعاب ما قدمناه من أنواع الغلط ، الغلط الذى يعيب الإرادة ، وهو الذى يعنينا بحثه ويجب أن نرسم له دائرة واضحة المعالم . فهو من جهة غلط يقع فى تكوّن الإرادة لا فى نقلها ولا فى تفسيرها ، وهو من جهة أخرى لا يعدم الإرادة كما هو الأمر فى الغلط المانع . ولا يختلط بوجودها ذاته كما هو الأمر فى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة .

وإذا كان الغلط الذى يعيب الإرادة لا يجوز أن يقع على ركن من أركان العقد وإلا أعدم التراضى كما رأينا ، إلا أنه يجب مع ذلك أن يكون غلطاً جوهرياً حتى يعيب الإرادة . ثم إن الغلط هو أمر نفسى يستكن فى الضمير ، فوجب لاستقرار التعامل ألا يستقل به المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، بل يتصل بة المتعاقد الآخر على وجه من الوجوه حتى يمكن الاعتداد به .

خلص لنا من ذلك أن الغلط الذى يعيب الإرادة يجب أن يكون : (أولا) غلطاً جوهرياً واقعاً على غير أركان العقد . (ثانياً) غلطاً لا يستقل به أحد المتعاقدين بل يتصل به المتعاقد الآخر .

فنتكلم إذن فى المسألتين الآتيتين : ١ — متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شىء يقع . ٢ — كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط[1] .

= تلاقت عندها إرادة المشترى مع إرادة البائع ، وأن ما جاء فى العقد خاصاً بحدود هذه العين قد شابه غلط فى حدين من حدودها بذكر أحدهما مكان الآخر ، فإنها لا تكون مخطئة إذا ما اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادى الواقع حال تحرير المحرر المثبت للتعاقد لا الغلط المعنوى الواقع حال تكوين الإرادة المفسد للرضاء (نقض مدنى فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣) . [وانظر فى الغلط المادى والحسابى دى باج — ملحق الجزء الأول — ص ٢٦ بند ٤١ و ٤١ مكرر — والجزء الثانى بند ٢٣٣ والجزء الخامس بند ٤٢٤] .

(١) وثبوت واقعة الغلط مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها (نقض مدنى فى أول أبريل ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦) .

١ — متى يكون الغلط جوهرياً وعلى أى شىء يقع

١٦٧ — معيار الغلط الجوهرى فى القانون الفرنسى وكيف تطور من معيار موضوعى إلى معيار ذاتى : ورث الفقه الفرنسى التقليدى عن القانون الفرنسى القديم تقسيم الغلط من حيث تأثيره فى صحة العقد إلى أنواع ثلاثة : غلط يجعل العقد باطلا وهو الغلط المانع الذى سبقت الإشارة إليه ، وغلط يجعل العقد قابلا للابطال لمصلحة العاقد الذى وقع فى الغلط ، وغلط لا يؤثر فى صحة العقد .

وقد سبق أن بينا الحالات الثلاث التى يكون فيها الغلط مانعاً فيجعل العقد باطلا .

أما الغلط الذى يجعل العقد قابلا للابطال فيكون فى حالتين : (١) غلط يقع فى مادة الشىء محل الالتزام الناشىء من العقد ، وهو ما تعبر عنه المادة ١١١٠ من التقنين المدنى الفرنسى بالغلط الواقع فى مادة الشىء ذاتها (substance même de la chose) . (٢) غلط يقع فى شخص المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار فى العقد .

والغلط الذى لا يؤثر فى صحة العقد يكون فى أحوال أربع : ١ — غلط فى وصف لا يتعلق بمادة الشىء محل الالتزام . ٢ — غلط فى قيمة الشىء محل الالتزام . ٣ — غلط فى شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار فى العقد . ٤ — غلط فى الباعث على التعاقد .

ولكن القضاء فى فرنسا لم يأخذ بهذه النظرية التقليدية . وجارى الفقه الحديث القضاء فى ذلك . فلم يأخذ بالتقسيم الثلاثى للغلط ، إذا استبعد النوع الأول وهو الغلط الذى يجعل العقد باطلا ، لأنه يتصل بوجود التراضى لا بصحته كما قدمنا . وهدم الحاجز ما بين النوعين الثانى والثالث ، فإن التميز ما بين هذين النوعين قد قام على قواعد جامدة تضيق بما تقتضيه الحياة العملية ، وخير منها معيار مرن يمكن تطبيقه على الحالات المتنوعة . فمن الغلط ما يقع فى قيمة الشىء أو فى الباعث على التعاقد ومع ذلك يؤثر فى صحة العقد لأنه

كان هو الدافع إلى التعاقد . ومن الغلط ما يقع فى مادة الشىء ومع ذلك لا يؤثر فى صحة العقد لأنه لم يكن هو الدافع . فالعبرة إذن ليست بأن الغلط وقع فى مادة الشىء أو فى قيمته ، بل العبرة بأن الغلط كان غلطاً جوهرياً (essentielle) ، أى بأنه كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد (la raison principale et déterminante) . فلا تكون هناك حالات محددة يؤثر فيها الغلط فى صحة العقد وحالات أخرى محددة كذلك لا يؤثر فيها الغلط ، بل تهدم هذه القواعد الضيقة ، وتزول الحواجز ما بين حالات وأخرى ، ونستبدل معياراً بقاعدة ، ويصبح الغلط مؤثراً فى صحة العقد متى كان هو الدافع إلى التعاقد وذلك فى جميع الحالات ، تبعاً لملابسات كل حالة وظروفها الخاصة .

وتطور الفقه الفرنسى من الأخذ بمعيار موضوعى إلى الأخذ بمعيار ذاتى نراه واضحاً فى تفسير عبارة «الغلط فى مادة الشىء ذاتها» الواردة فى المادة ١١١٠ من القانون الفرنسى . فقد بدأ الفقهاء الفرنسيون فى العهد الأول يفسرون هذه العبارة تفسيراً حرفياً ، ويذهبون إلى أن المراد بذلك هو الغلط الذى يتعلق بالمادة التى يتكون منها الشىء ، ومادة الشىء هى مجموع الخصائص التى تدخله فى جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى . ويقدمون عادة المثل الذى أتى به بوتييه : شخص اشترى (شمعدان) من نحاس مطلى بالفضة وهو يعتقد أنه من فضة خالصة[١] . ثم أخذ الفقهاء فى عهد ثان يعدلون عن هذه الفكرة الموضوعية بإدخال عامل ذاتى فى تحديد هذا النوع من الغلط . وأول من سار من الفقهاء فى هذا الطريق هما الأستاذان أوبرى ورو[٢] ، فقد أخذا فى الأصل بالمذهب الموضوعى كقاعدة عامة ، فذهبا إلى أن المراد بمادة الشىء هى العناصر المادية التى تكونه والخواص التى تميزه من الأشياء الأخرى طبقاً للمتعارف بين الناس ، ولكنهما أضافا إلى ذلك جواز أن يتفق المتعاقدان على توافر صفة معينة فى الشىء فتصبح هذه الصفة جوهرية بالنظر إلى غرض المتعاقدين لا بالنظر إلى مادة الشىء من حيث هى . ثم هجر الأستاذ لوران ، فى عهد ثالث ، المعيار الموضوعى وأخذ

---

(١) أنظر فى هذا المعنى ديرانتون ١٠ فقرة ١١٤ — ١١٦ — ماركاديه ٤ فقرة ٤٠٧ .

(٢) أنظر أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٣ مكررة ص ٤٩٠ و ٤٩٢ .

بالمعيار الذاتى جملة واحدة ، فذهب إلى أن نية المتعاقدين وحدها هى التى تحدد مادة الشىء والأوصاف المعتبرة فيه[١] . واقتفى سائر الفقهاء أثر لوران فى هذا المنحى ، فذهب الأستاذان بودرى وبارد إلى أن المراد بمادة الشىء هى الأوصاف الرئيسية التى اعتبرها المتعاقدان أو أحدهما فى ذلك الشىء والتى ما كان التعاقد يتم بدونها[٢] ، وذهبت الأساتذة بلانيول وكولان وكابيتان وجوسران إلى هذا الرأى[٣] .

فالعبرة إذن ، طبقاً للمعيار الذاتى ، بالأوصاف المعتبرة فى نظر المتعاقدين لا بالخصائص التى تكوّن مادة الشىء فى ذاته ، فقد يشترى شخص شيئاً على أنه أثر تاريخى ويعتقد فى الوقت ذاته أنه مصنوع من ذهب فيتضح أنه مصنوع من (البرونز) ، فهذا غلط «فى مادة الشىء» ، ولكنه بحسب نية المشترى ليس غلطاً فى الصفة المعتبرة عنده ، فما دام الشىء الذى اشتراه هو الأثر التاريخى الذى يقصده ، فلا يعنيه بعد ذلك إن كان من ذهب أو من معدن آخر . وقد استبدل الفقه والقضاء فى فرنسا بعبارة « مادة الشىء » (substance de la chose) عبارة أخرى اشتقاها من الكلمة ذاتها هى الصفة الجوهرية (qualité substantielle) ، أى الصفة التى اعتبرها المتعاقد فى الشىء . والمعيار الذاتى ما هو فى الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة ، فما دامت إرادة العاقد هى التى تنشىء الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة فى حقيقتها وعلى وجهها الصحيح ، لا معيبة بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب[٤] .

---

(١) لوران ١٥ فقرة ٤٨٨ .

(٣) بودرى وبارد ١ فقرة ٥٤ .

(٢) بلانيول ٢ فقرة ١٠٥٣ — كولان وكابيتان ٢ ص ٢٨١ — جوسران ٢ فقرة ٦٩ — فقرة ٧٢ . [وانظر أيضاً بيدان جـ ٨ بند ١١٢ ص ٧٦ حيث يذكر أن الصفة قد تكون جوهرية فى حالة وعرضية فى أخرى وفقاً لنية المتعاقدين — ومن الغريب أنه يقرر أن هذا هو رأى بوتييه — وفى بند ١١٣ ص ٧٧ يورد أمثلة على الصفات الجوهرية منها مصدر الشىء (نبيذ فرنسى أو أسبانى) ونسبته إلى صانع معين (لوحة فنية من عمل فنان معين) . وقد تكون مساحة الأرض صفة جوهرية فيها وفقاً للغرض المقصود من التعاقد] .

(٤) [أنظر دى باج جـ ١ بند ٣٩ ص ٤٧ وهامش (١) بها] .

١٦٨ — معيار الغلط الجوهرى فى القانون المصرى معيار ذاتى : وبالمعيـار الذاتى أيضاً أخذ الفقه والقضاء فى مصر منذ عهد التقنين القديم . وقد أسعفهما فى ذلك نصوص هذا التقنين ذاتها ، فقد كانت المادتين ١٣٤/١٩٤ من التقنين الوطنى والمختلط تنصان على أن « الغلط موجب لبطلان الرضاء متى كان واقعاً فى أصل الموضوع المعتبر فى العقد » ، وجاء فى النص الفرنسى للقانون المصرى القديم : « متى كان واقعاً فى الناحية الرئيسية التى كانت محل اعتبار فى الشيء عند التعاقد (le rapport principal sous lequel la chose a été envisagée dans le contrat) . فالنصوص كما نرى تذهب بوضوح إلى الأخـذ بالمعيار الذاتى ، وقد نقلت لا عن نصوص التقنين الفرنسى بل عن القضاء والفقه فى فرنسا بعد التطور الذى أسلفنا ذكره[1] .

وجاء التقنين الجديد مؤيداً للمعيار الذاتى وصريحاً فى وجوب الأخذ به . فقد نصت المادة ١٢٠ على أنه « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد . . »[2]

---

(١) أنظر فى الفقه المصرى دى هلتس الجزء الأول لفظ (convention) فقرة ٥٦ — هالتون ١ ص ٣٨٧ — فتحى زغلول ص ١٣٢ — والتون ١ ص ١٦٥ — ص ١٦٦ — الدكتور عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ١٢٧ — الدكتور محمد صالح فى الالتزامات فقرة ٢٦٨ — الدكتور محمد وهيبة فى النظرية العامة فى الالتزامات فقرة ٢٥٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٧ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١١٦ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٦ وما بعدها .

وانظر فى القضاء المصرى محكمة النقض (الدائرة المدنية) فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ ص ٩٢٣ — محكمة قنا الاستئنافية فى ٢٦ مارس سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٦٦ — محكمة الجيزة الجزئية فى ٢١ مارس سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ١٤٠ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ — وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٥٦ — وفى ٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ — وفى ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ — وفى ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٥ — وفى ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ — وفى ١٦ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٨ — وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٦١ — وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٤٤ .

(٢) أنظر المادة ٢٣ من تقنين الالتزامات السويسرى ، والفقرة الأولى من المادة ٣٧ من تقنين الالتزامات البولونى . وانظر تاريخ نص المادة ١٢٠ من التقنين الجديد فيما يلى عند الكلام فى الغلط المشترك وفى الغلط الفردى (فقرة ١٧٦) .

ثم نصت المادة ١٢١ على أنه : « ١ — يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط . ٢ — ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : ا) إذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك ، لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد »[1] .

ويتبين من هذه النصوص أن التقنين الجديد قد أخذ بالمعيار الذاتى . فالغلط الجوهرى عنده هو الغلط الذى يبلغ ، فى نظر المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، حداً من الجسامة بحيث كان يمتنع عن إبرام العقد لولم يقع فى الغلط . فهو إذا وقع فى صفة للشىء وجب أن تكون هذه الصفة جوهرية فى اعتبار المتعاقدين ، و إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وجب أن تكون تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى « ١ — يكون الغلط جوهرياً إذا كان من الجسامة بحيث كان يمتنع الطرف الذى وقع فيه عن إبرام العقد لو لم يقع فى الغلط وقدر الأمور تقديراً معقولا . ٢ — ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص فى الأحوال الآتية : ا) إذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية . ب) إذا وقع فى ذات الشخص أو فى صفة من صفاته ، وكانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد . ج) إذا وقع الغلط فى أمور يعتبرها المتعاقد الذى يتمسك بالغلط عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تقضى به النزاهة فى التعامل » . وحذفت لجنة المراجعة الجزء (ج) من الفقرة الثانية لأن ذكر هذه الحالة مع الحالتين السابقتين يكاد يحيط بكل حالات الغلط فلا يصبح هناك معنى لإيراد الفقرة الثانية على سبيل التمثيل . وأصبح رقم المادة ١٢٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وحذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة « وقدر الأمور تقديراً معقولا » من الفقرة الأولى لأنها تتضمن قيداً يحسن أن يترك أمره لتقدير القاضى وحذفت عبارة « السبب الوحيد » من الفقرة الثانيه حرف (ب) لأن فى عموم عبارة « السبب الرئيسى » الوارد فى الفقرة ذاتها ما يغنى عنها ، وأصبح رقم المادة ١٢١ . وقد وافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٥ — ص ١٥٨) . وانظر المادة ١٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى والفقرة الثانية من المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢١ — م ١٢٢ (مطابق) — الليبى م ١٢٠ — م ١٢١ (مطابق) — العراقى م ١١٧ — م ١١٨ (موافق) — اللبنانى م ٢٠٣ — م ٢٠٥ (موافق) .

على أن الأخـــذ بالمعيار الذاتى يقتضى أن يكون المعيار متعلقاً بحالة نفسية قد يدق الـكشف عنها فى بعض الأحيان . لذلك اتخذ القانون الجديد قرينة موضوعية لتنم عن هذه الحالة النفسية ، فقضى بأن صـفة الشىء تـكون جوهرية ، ليس فحسب إذا اعتبرها المتعاقدان جوهرية وفقاً لمـا انطوت عليه نيتهما بالفعل ، بل أيضاً إذا وجب أن يكونا قد اعتبراها جوهرية وفقاً لما لابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعـــامل من حسن النية . فالظروف الموضوعية للعقد ووجوب أن يسود التعامل حسن النية يهديان — إذا لم نهتد من طريق آخر — إلى تعرف نية المتعاقدين . فإذا اشترى شخص من تاجر فى الآثار قطعة ظنها أثرية ، ثم اتضح أنها ليست كذلك ، فمن حق المشترى أن يقيم من واقعة أنه تعامل مع تاجر فى الآثار قرينة عن نيته ، وأن يتخذ من هـذه القرينة ذاتها دليلا على نية المتعاقد الآخر ، وأن يتمسك بما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية فلا يكلف نفسه أن يتحقق من الصفة الأثرية للقطعة ما دام قد اشتراها من تاجر الآثار ، بل كان الواجب على هذا أن ينبه المشترى إلى أن القطعة ليست أثرية لو كان عالماً بذلك .

١٦٩ — *على أى شىء يقع الغلط* : والغلط الجوهرى ، على النحو الذى أسلفناه ، يصح أن يقع ، لا فى صفة الشىء وفى الشخص فحسب ، بل أيضاً فى القيمة وفى الباعث[١] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢١ ما يأتى : « وينبغى أن يكون الغلط المبطل للعقد جوهرياً . ولا يتحقق ذلك إلا إذا دفع من وقع فيه إلى التعاقد . ومؤدى هذا أن يناط تقدير الغلط بمعيار شخصى . وقد انتهى القضاء المصرى والقضاء الفرنسى فى هذا الشأن إلى تطبيقات ثلاثة تقررت فى نصوص المشروع : ا) أولها يتعلق بالغلط الذى يقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو بالنسبة لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى أن يسود التعامل من حسن النية . وفى هذا الفرض يرتبط تقدير الغلط الجوهرى بعامل شخصى هو حسن النية وبعامل مادى قوامه الظروف التى لابست تكوين العقد . ب) والثانى يتصل بالغلط الواقع فى ذات شخص المتعاقد أو فى صفة من صفاته إذا كانت هذه الذات أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيسى فى التعاقد . والمعيار فى هذا الفرض شخصى بحت . (حـ) والثالث خاص بالغلط الواقع فى أمور يعتبرها من يتمسك به من المتعاقدين عناصر ضرورية للتعاقد طبقاً لما تقضى به النزاهة فى التعامل (ملاحظة : هذا التطبيق حذفته لجنة المراجعة كما قدمنا فى تاريخ نص المادة ١٢١) . وقد تنطوى صورة الغلط فى الباعث فى هذا التطبيق الثالث . بيد أنه يتعين الرجوع ، عند الإثبات ، إلى عنصر موضوعى أو مادى بحت ، هو عنصر نزاهة التعامل . ويتضح من ذلك أن تقدير الغلط ، وإن كان قد نيط بمعيار شخصى بحت ، إلا أن تيسير الإثبات قد اقتضى الاعتداد بعناصر مختلفة ، فيها الشخصى والمادى » . مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٣) .

والعبرة بأنه غلط جوهرى ، لا بأنه وقع فى هذا أو فى ذاك . ونستعرض الآن الغلط فى هذه الأحوال المختلفة .

١٧٠ — الغلط فى صفة جوهرية فى الشىء : إذا طبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط فى وصف الشىء ، فإن الغلط لا يؤثر فى صحة العقد إلا إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد كما قدمنا . وفى القضاء المصرى فى ظل القانون القديم — والقانون الجديد أتى مؤكداً للقانون القديم كما أسلفنا — أمثلة كثيرة على ذلك . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الترخيص الذى أعطته الحكومة فى استغلال أرض كانت تعتقد أنها لا تحتوى إلا على كميات صغيرة جداً من الملح يجوز إبطاله إذا تبين أن هذه الأرض تحتوى على كميات كبيرة يمكن استغلالها بسهولة[1] . وقضت بأن بيع الأوراق المالية الصادرة من شركة حكم ببطلانها يجوز إبطاله للغلط الذى وقع فيه المشترى بشأن صفة جوهرية فى الشىء المبيع[2] . وقضت بأنه إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار ، وتبين بعد ذلك أن هذا الشارع لا وجود له مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها يؤدى إلى الطريق العام ، فإن البيع يجوز إبطاله بسبب الغلط الواقع فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع[3] . وقضت بأن بيع قماش على أنه قابل لأن يغسل ثم يتبين أنه غير قابل لذلك يجوز إبطاله للغلط فى صفة جوهرية فى الشىء[4] . وقضت بأن بيع شىء على أنه قديم مع أنه مجرد تقليد للقديم يجوز إبطاله للغلط فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع ؛ ولا يلتزم المشترى برفع دعوى الإبطال فى ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة لأن هذا هو ميعاد رفع الدعوى فى ضمان العيوب الخفية ، أما هنا فالدعوى دعوى إبطال للغلط[5] .

---

(١) ٧ يناير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٩٩ .

(٢) ٧ نوفبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ — جازيت ١ ص ٣٤ .

(٣) ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ — وانظر حكماً ثانياً فى ١٧ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٢٥ — وحكماً ثالثاً فى ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ .

(٤) ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٧٤ .

(٥) ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩ — وانظر حكماً آخر فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ =

وقضت بأنه يعتبر غلطاً فى صفة جوهرية فى الشىء قبول حوالة حق مع اعتقاد أن الحق مضمون برهن ، ويتبين بعد ذلك أن الرهن قد سقط قيده وأن العقار المرهون بيع إلى الغير ، فشرط عدم ضمان المحيل يبطل فى هذه الحالة[١] . ولكن لا يعتبر غلطاً فى صفة جوهرية فى الشىء المبيع أن يقع خطأ فى بيان حدود الأرض المبيعة ما دامت نمرة الأرض فى خريطة فك الزمام قد ذكرت صحيحة وكان يمكن تمييز الأرض ومعرفتها من وراء ذلك[٢] . ولا يعتبر غلطاً يجعل العقد قابلا للابطال أن يتضح أن الأرض المبيعة محصورة إذا لم يذكر البائع أن لها منفذاً بل بين حدودها وموقعها وكانت معرفتها مستطاعة بذلك[٣] .

١٧١ — الغلط فى شخص المتعاقد : وإذا طبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط فى شخص المتعاقد ، فإن الغلط لا يؤثر فى صحة العقد إلا إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد كما هو نص المادة ١٢١ . مثل هذا الغلط إنما يقع فى العقود التى تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقود التبرع بوجه عام وبعض عقود المعاوضة[٤] . وهو قد يقع فى ذات المتعاقد إذا كانت هى محل الاعتبار ، كالغلط فى شخص الموهوب له أو الوكيل أو المزارع أو الشريك . وقد يقع فى صفة جوهرية من صفات المتعاقد كانت هى الدافع إلى التعاقد كأن يهب شخص لآخر مالا

= م ٥٨ ص ٧٤ (وقد سبقت الإشارة إليه) . وانظر فى التمييز ما بين الغلط فى الشىء والعيب الخفى فيه نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٥٨ . وكان القانون القديم يوجب رفع دعوى العيب فى ثمانية أيام من وقت العلم بالحقيقة (م ٣٢٤/٤٠٢) ، أما القانون الجديد فجعل الدعوى تتقادم بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢) .

(١) ٧ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣٣ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤ — وفى ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ — وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢٥ ص ٢٨٥ — وفى ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٧ .

(٤) [أنظر بيدان جـ ٨ ص ٧٤ بند ١٠٩ — حيث يذكر من بين هذه العقود عقد الصلح وعقد العمل — ودى باج فى ملحق الجزء الأول ص ٢٥ هامش (١) حيث يشير إلى أن عقد الإيجار قد تكون شخصية المتعاقد فيه محل اعتبار — ويقرر أن المقصود بشخصية المتعاقد قد يكون صفة خاصة فيه كالمهارة الفنية].

معتقداً أن هناك رابطة قرابة تربطه به فيتضح أن الأمر غير ذلك[1] ، وكأن يؤجر شخص منزلا لامرأة يعتقد أن سلوكها لا ريبة فيه فيتضح أنها امرأة تحترف العهارة حتى لو لم تكن تباشر مهنتها فى المنزل ، وكأن يتعاقد شخص مع أحد الفنيين (مهندس أو صانع فى عمل يقتضى مهارة فنية) وهو يعتقد أنه يحمل شهادة فنية فيتضح أنه لا يحملها وأنه غير ماهر فى فنه[2] . وتقدير ما إذا كانت شخصية المتعاقد أو صفته كانت هى محل الاعتبار وهى التى دفعت إلى التعاقد مسألة من مسائل الواقع لا من مسائل القانون ، ينظر فيها إلى ظروف الدعوى مما يمكن أن يستدل به على نية المتعاقدين[3] . فالمعيار ذاتى ، وهو المعيار الذى يطبق فى جميع نواحى نظرية الغلط .

١٧٢ — الغلط فى القيمة : رأينا أن النظرية التقليدية لا تقيم لهذا الغلط وزناً فلا تجعله يؤثر فى صحة العقد . أما إذا ساير نا النظرية الحديثة وهى التى أخذ بها القانون المصرى ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى على الغلط فى القيمة ، وجب أن نقول إن الغلط فى قيمة الشىء إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد يجعل العقد قابلا للابطال . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية ، وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، كان له أن يطلب إبطال

---

(١) [انظر دى باج جـ ١ بند ٤٠ حيث يذكر أنه حيثما تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار فانها تعتبر الباعث الدافع إلى التعاقد . ويشير فى ذلك إلى جوسران جـ ٢ بند ٧٨] .

(٢) انظر فى هذه الأمثلة وفى غيرها : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٦٠ — فقرة ٣٦٢ [وقد قضت محكمة النقض (نقض مدنى ٦ مايو ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٥ ص ٨٤٠) بأن الغلط فى شخصية المتعاقد أو صفته لا يتوافر لمجرد عدم إدراج اسمه وقت التعاقد فى نقابة المهن الهندسية ما دام قد ثبت أنه كان مصرحاً له بمزاولة مهنة مهندس معمارى] .

(٣) [انظر بهذا المعنى : بيدان جـ ٨ بند ١٠٩ ص ٧٤ — ودى باج : ملحق الجزء الأول بند ٤٠ ص ٢٥ وهامش (٤) بها حيث يذكر أنه حتى فى العقود التى تكون شخصية المتعاقدين قواماً لها فى العادة كعقد الشركة قد يرى القضاء فى بعض الأحوال أن الاعتبار الشخصى لم يكن له المقام الأول فيها (نقض بلجيكى ٢٤ مايو ١٨٧٨ — باسكريزى ١٨٧٨ — ١ — ٢٧٤) .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن تقرير الحكم المطعون فيه بأن الصفة التى اتخذها أمين النقل فى التعاقد من أنه مالك لسيارات وعربات أجرة لم تكن صفة جوهرية يترتب على تخلفها إبطال العقد ، هو تقرير موضوعى : نقض مدنى ٢٩/١٠/١٩٥٣ مجموعة أحكام محكمة النقض ٥ رقم ١٣ ص ١٠٨] .

البيع للغلط فى قيمة الشىء الذى باعه . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة ، فى قضية اتفق فيها صاحب البضاعة مع صاحب السفينة على أن يكون سعر نقل البضاعة إما بحساب حجمها أو بحساب وزنها طبقاً لما يختاره صاحب السفينة ، وطلب هـذا أن يكون السعر بحساب الحجم فتبين أن حساب الحجم يزيد على حساب الوزن ثمانية أضعاف ، ولم يكن صاحب البضاعة يدرك ذلك بدليل أنه رفض الاتفاق مع صاحب سفينة أخرى على سعر يقل كثيراً عن السعر الذى يطالَب به ، بأن صاحب البضاعة فى هذه الحالة يجوز له أن يطلب إبطال عقد النقل[1] .

١٧٣ — الغلط فى الباعث : تقـدم القول إن النظرية التقليدية تميز بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث ، فتجعل الأول يبطل العقد بطلاناً مطلقاً ، وتجعل الثانى لا أثر له فى صحة العقد . والنظرية التقليدية عندما تميز بين السبب والباعث تنظر إلى السبب فى نظريته التقليدية أيضاً فيكون هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه. فإذا اتفق الورثة مع الموصى له على قسمة العين الشائعة بينهم ، ثم يتضح أن الوصية باطلة

---

(١) استئناف مختلط ١٦ مايو ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٢٦ — جازيت ص ١٣٥ رقم ٤٠٠ — وفى قضية أخرى قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط يجعل العقد قابلا للابطال إذا كان غلطاً يؤثر تأثيراً كبيراً فى الثمن باعتباره الرابطة الرئيسية فى التعاقد (٢٥ مارس ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٢٦١) — وفى قضية كان المدين فيها مطالباً بالدفع بالعملة المصرية ، فدفع للدائن بالعملة الفرنسية وقبل ممثل الدائن (وكان حارساً قضائياً) الوفاء بهذه العملة معتقداً أن الاتفاق يعطى المدين هذا الحق ، ثم تبين بعد ذلك أن المدين ملزم بالوفاء بالعملة المصرية ، فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بإلزام المدين بدفع الفرق بين سعر العملتين فى اليوم الذى كشف فيه هذا الغلط (٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٦) . كذلك إذا استوفى المدين مبلغاً أقل مما يستحق عن غلط منه ، لم يكن هـذا الوفاء مبرئاً لذمة المدين فى كل الدين (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٥) . انظر أيضاً فى الغلط فى القيمة محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ ، وفى الغلط فى عقد التخارج محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ — وحكماً ثانياً فى ١٢ ديسمبرسنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٣ — وحكماً ثالثاً فى ١١ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٠ . وانظر أحكاماً أخرى تقضى بغير هذا المبدأ فى نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٧ حاشية رقم ٢ .

هذا ويلاحظ أن الفرق ما بين الغلط فى القيمة والغبن يقوم على أنه ليس من الضرورى أن المتعاقد المغبون يكون قد وقع فى غلط بالنسبة إلى قيمة الشىء الذى يتعاقد عليه ، فقد يكون على بينـة من قيمة الشىء الحقيقية ويقبل الغبن بالرغم من ذلك .

أو أنها سقطت بعدول الموصى ، كان هناك غلط فى السبب بمعناه التقليدى ، فإن الورثة قصدوا من التزامهم بعقد القسمة غرضاً مباشراً هو إفراز نصيبهم من نصيب الموصى له باعتبار أن هـذا يملك بالوصية حصة فى العين ، وتبين أنه لا يملك شيئاً ، فهذا غلط فى السبب[1] . أما الغلط فى الباعث ، وهو الذى لا يؤثر فى صحة العقد طبقاً للنظرية التقليدية ، فمثله أن يبيع شخص عيناً وهو مريض ويعتقد أنه فى مرض الموت ، ثم يشفى من المرض ، فهو لا يستطيع أن يطعن فى البيع بدعوى أنه صدر منه وهو فى مرض الموت لأن هذا الطعن لا يقبل إلا من الورثة وبشرط أن ينتهى المرض بالموت ، ولا يستطيع أن يطعن فى البيع بالغلط فى الباعث ولو أن الدافع له إلى التعاقد هو اعتقاده وقت البيع أنه يموت . فإذا تركنا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وطبقنا معيار الغلط الجوهرى ، كان الغلط فى الباعث فى هذا المثل غلطاً جوهرياً يجيز للبائع أن يطلب إبطال البيع[2] .

---

(١) أنظر ما جاء فى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٦٤ ، حيث ذكر من الأمثلة على الغلط فى الباعث أن يصطلح الوارث مع الموصى له على أن يسلم الأول للثانى جزءاً من الشىء الموصى به دون الباقى ، ويكون الباعث على هذا الصلح اعتقاد الوارث أن الوصية قائمة وقت موت الموصى ، ويتضح بعد ذلك أن الموصى كان قد عدل عنها . والفرق ظاهر بين هذا المثل ومثل قسمة الوارث مع الموصى له . فى الحالة الأولى ينازع الوارث فى الوصية وينتهى بالمصالحة عليها وقد دفعه إلى ذلك اعتقاده أن الموصى لم يعدل عنها ، ولـكن أثر النزاع بقى فى أن الوارث لم يسلم للموصى له إلا جزءاً من الشىء الموصى به . فالغلط هنـا يقع فى الباعث . أما فى قسمة الوارث مع الموصى له ، فالوارث يسلم بالوصية ولا ينازع فيها ، لذلك اقتسم مع الموصى له العين الشائعة ، وأعطاه نصيبه ، وهو القدر الموصى به ، كاملا بمقتضى عقد القسمة . فالغلط هنا يقع فى السبب بمعناه التقليدى . [وراجع بيدان جـ ٨ بند ٢٢٤ و٢٢٥ حيث يقرر أن الغلط فى السبب قد يكون غلطاً فى الواقع كما لو تعهد شخص بسداد ديون قريب له توفى اعتقاداً منه بأنه سيرثه ثم اتضح أنه ليس من ورثته . وقد يكون غلطاً فى القانون كما لو اعتقد الوارث أنه ملزم بسداد ديون مورثه فتعهد بوفائها مع أن القانون لايلزمه بذلك] .

(٢) ومن أمثلة الغلط فى الباعث ما يظهر فيه لأول وهلة أن الغلط ينبغى ألا يؤثر فى صحة العقد . فلو اشترى شخص سيارة معتقداً أن سيارته القديمة قد كسرت فى حادث اصطدام ثم يتضح عدم صحة ذلك ، أو استأجر موظف منزلا فى مدينة معتقداً أنه سينقل إليها ثم يتبين بعد ذلك أنه لم ينقل ، كان هذا غلطاً فى الباعث ، وينبغى ألا يؤثر فى صحة العقد وإلا تعرض التعامل لخطر التزعزع وعدم الاستقرار . ولـكن هذه النظرة الأولى غير دقيقة ، فإن الذى يعرض التعامل للتزعزع فى مثل هاتين الحالتين ليس هو أن الغلط فى الباعث يكون غلطاً جوهرياً ، بل إن المتعاقد الآخر لا يكون له اتصال بهذا الغلط . وسنرى فيما يلى أن الغلط الذى يجعل العقد قابلا للابطال يجب أن يشترك فيه المتعاقد الآخر ، أو أن يكون على علم به ، =

ونرى من ذلك أن التمييز يبقى قائماً بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث ما دمنا نحتفظ بالنظرية التقليدية فى السبب ولو هجرنا النظرية التقليدية فى الغلط فلا يزال الغلط فى السبب بمعناه التقليدى يجعل العقد باطلا ، أما الغلط فى الباعث فيجعل العقد قابلا للابطال وفقاً للنظرية الحديثة فى الغلط ، ولا يؤثر فى صحة العقد وفقاً للنظرية التقليدية[1] .

أما إذا هجرنا النظرية التقليدية فى السبب إلى النظرية الحديثة ، فإن الغلط فى السبب يختلط بالغلط فى الباعث ، ويصبحان شيئاً واحداً ، ولا يكون ثمة محل للقول بأن الغلط فى السبب يجعل العقد باطلا والغلط فى الباعث يجعل العقد قابلا للابطال . ويتعين الأخذ بأحد الأمرين: إما أن يكون الغلط فى كل من السبب والباعث — فهما شىء واحد فى النظرية الحديثة فى السبب — من شأنه أن يجعل العقد باطلا ، وإما أن يكون هـذا الغلط من شأنه أن يجعل العقد قابلا للابطال . ولا يجوز التفريق بينهما فى الحـكم . وقد وقف كثير من الفقهاء حائرين عند هذه المسألة الدقيقة ، يتحسسونها ولـكن لا يجرؤون على قول حاسم فيها . فهم يقولون بالنظرية الحديثة فى السبب ويخلطونه بالباعث ، ويقولون بالنظرية الحديثة فى الغلط ويجعلون معياره الغلط الجوهرى ولو وقع فى الباعث ، ولـكنهم يقفون عند هذا ويبقون على التمييز فيما بين الحالتين ، فيجعلون الغلط فى السبب من شأنه أن يجعل العقد باطلا ،

= أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . فلا يزعزع التعامل فى شىء أن يطلب مشترى السيارة أو مستأجر المنزل ، فى المثلين المتقدمين ، إبطال العقد ، ما دام المشترى فى المثل الأول يستطيع أن يثبت أن بائع السيارة كان يعتقد مثله أن سيارته القديمة قد كسرت فى حادث اصطدام وأن هذه الواقعة الموهومة هى التى دفعت المشترى إلى الشراء ، أو أن البائع كان على علم بأن الواقعة التى دفعت المشترى إلى الشراء إنما هى واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك — وما دام المستأجر ، فى المثل الثانى ، يستطيع أن يثبت أن المؤجر كان يعتقد مثله أنه نقل إلى المدينة التى استأجر فيها المنزل وأن هذا هو الدافع للاستئجار ، أو أن المؤجر كان على علم بأن النقل الذى دفع الموظف إلى استئجار المنزل إنما هو واقعة موهومة ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك .

(١) [أنظر كابيتان فى السبب بند ١٠٢ وما بعده — ونقض فرنسى ١٦ نوفمبر ١٩٣٢ — سيرى ١٩٣٤ — ١ — ١ . وقارن بيدان جـ ٨ بند ١١٧ ص ٧٩ حيث يفرق بين البواعث العرضية motifs occasionnels التى لا تؤثر فى صحة العقد — والباعث الدافع إلى التعاقد — الذى يؤدى الغلط فيه إلى تخلف الرضا — لأنه غلط فى السبب — وانظر أيضاً فى نفس المرجع : بند ٢٢٣ ص ١٥٥ — وإشارته إلى تعليق اسمان الذى سيأتى ذكره هنا فى ص ٣٢٨ هامش ١] .

والغلط فى الباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلا للابطال . فيترتب على هذا التناقض خلط عجيب ما بين منطقتى السبب والغلط ، إذ تبقى منطقة مشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما ، فإذا سمينا هذه المنطقة بالسبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلا ، وإذا سميناها بالغلط فى الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلا للابطال[1] .

هذا التناقض المعيب توقاه القانون المصرى الجديد . فهو قد أخذ بالنظرية الحديثة فى كل من الغلط والسبب ، وانبنى على ذلك وجود هذه المنطقة المشتركة ، فزحزحها من منطقة السبب إلى منطقة الغلط ، وجعل نظرية الغلط وحدها هى التى تنطبق أحكامها على هذه المنطقة ، فيكون الغلط فى كل من السبب والباعث من شأنه أن يجعل العقد قابلا للابطال . ولا يكون

---

(١) أنظر فى التوفيق ما بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث بلانيول وريبير وبولانجيه سنة ١٩٤٩ الجزء الثانى فقرة ٢٠٥ وفقرة ٢٩٩ وفقرة ٣٠٤ وفقرة ٨٢٤ — أما الفقه المصرى فقد سار وراء الفقه الفرنسى فى هذا التناقض : أنظر الدكتور عبد السلام ذهنى بك فى الالتزامات فقرة ١٣٠ — الدكتور محمد وهيبه فقرة ٢٦٠ وفقرة ٣١٨ — قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٣٧٥ هامش رقم ٢ — وقارن والتون ١ ص ٥٢ — ص ٥٣ — ومن الفقهاء المصريين من لا يزال يرى الغلط فى الباعث (فى ظل القانون القديم) لا يؤثر فى صحة العقد إلا إذا اختلط بصفة جوهرية فى الشىء أو فى الشخص (الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٥٩) . ومنهم من يتبين أن نظرية الغلط هى نظرية السبب غير الصحيح ، ولكنه يلحق تلك بهذه فيجعل الغلط جزءاً من نظرية السبب ، ثم يعود بعد ذلك فيجعل الجزاء على كل من الغلط والسبب غير الصحيح هو البطلان النسبى (قابلية العقد للابطال) لا البطلان المطلق (الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٧٣ وص ١٧٩ و ص ١٩٨ و ص ٢٣٢ — ص ٢٣٤) . أنظر أيضاً فى هذا الموضوع مؤلفاً موضوعاً بالفرنسية للدكتور شفيق شحاته فى الالتزامات ص ٤٢ — ص ٤٣ .

ويرى أن الذى دعا إلى حيرة الفقه فى هذه المسألة الدقيقة هو تطور النظريات القانونية وتداخلها بعضها فى بعض ، فتبقى الحلول القديمة قائمة بالرغم من أنها تقصر عن مسايرة هذا التطور . فقد كان مسلماً فى ظل النظريات التقليدية أن السبب غير الباعث ، وانبنى على ذلك أن الغلط فى السبب يجعل العقد باطلا ، أما الغلط فى الباعث فلا يؤثر فى صحة العقد : ومنذ تطورت النظرية التقليدية فى الغلط ، واستبدل بالمعيار الموضوعى معيار ذاتى ، أصبح الغلط فى الباعث يؤثر فى صحة العقد . ولكن هذا التطور لم يزعزع سلامة التمييز ما بين الغلط فى السبب بمعناه التقليدى والغلط فى الباعث ، فلا زال الغلط فى الحالة الأولى يجعل العقد باطلا ، أما الغلط فى الحالة الأخرى فأثره بقى مختلفاً عن أثره فى الحالة الأولى وإن كان قد تطور فأصبح يجعل العقد قابلا للابطال . إلى هنا بقى التمييز سليما ما بين الغلط فى السبب والغلط فى الباعث . ولكن منذ تطورت نظرية السبب هى أيضاً ، كما تطورت نظرية الغلط ، واختلط السبب بالباعث فى النظرية الحديثة ، صار متعيناً أن نجعل حكم الغلط فى السبب هو حكم الغلط فى الباعث دون تمييز بين الحالتين . ومع ذلك بقى الفقه إلى حد كبير محتفظاً بهذا التمييز ، ولم يلق بالا إلى ما حدث من التطور .

هناك محل للقول بأن السبب المغلوط يجعل العقد باطلا . فالسبب الذى يجعل العقد باطلا فى القانون الجديد هو السبب غير المشروع وحده[١] .

١٧٤ — الغلط فى الواقع والغلط فى القانون : وفى كل ما قدمناه من تطبيقات لمعيار الغلط الجوهرى ، سواء وقع الغلط فى الشىء أو الشخص أو القيمة أو الباعث ، لا نفرق بين ما إذا كان الغلط هو غلط فى الواقع أو غلط فى القانون[٢] . فما دام جوهرياً ، أى ما دام هو الذى دفع إلى التعاقد ، فإنه يجعل العقد قابلا للابطال . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٢٢ من التقنين المدنى الجديد إذ تقتضى بما يأتى : « يكون العقد قابلا للابطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا مالم يقض القانون بغيره»[٣] . ولم يكن القانون القديم يشتمل على نص فى هذه المسألة ،

---

(١) وسنرى عند الكلام فى نظرية السبب أن القانون الجديد قد أخرج السبب المغلوط (أو السبب غير الصحيح) من منطقة السبب ، واقتصر على ذكر السبب غير المشروع .

[وقريب من ذلك ما أشار اليه (اسمان) فى تعليق له على حكم نقض فرنسى ١٦ نوفمبر ١٩٣٢ (سيرى ١٩٣٤ — ١ — ١) حيث فرق بين عدم مشروعية السبب وهى تؤدى إلى البطلان المطلق — والغلط فى السبب — بمعنى الباعث الدافع — وهو يؤدى إلى البطلان النسبى أو القابلية للابطال — لأن المقصود هنا هو حماية مصلحة فردية — وانظر بيدان جـ ٨ ص ٧٢ هامش ٤] .

هذا ويلاحظ أنه إذا كان حكم الغلط فى السبب بالمعنى الحديث هو حكم الغلط فى الباعث فيكون العقد قابلا للابطال فى الحالتين كما قدمنا ، فإن الغلط فى السبب بمعناه التقليدى ، أى الغلط المتعلق بالغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه ، لا يزال غلطاً يحول دون تكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل على ما سنرى عند الكلام فى السبب ، فإذا وقع جعل العقد باطلا كما أسلفنا القول .

(٢) [بيدان جـ ٨ بند ١٢٠ ودى باج جـ ١ بند ٤٢] .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « الغلط فى القانون كالغلط فى الوقائع ، يجعل العقد قابلا للبطلان مالم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . وقد وافقت عليها لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وترددت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ طويلا فى استبقاء المادة أو حذفها اكتفاء بالقواعد العامة ، واستقر رأيها أخيراً على استبقائها بعد تعديلها على الوجه الآتى : « يكون العقد قابلا للابطال لغلط فى القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين ، هذا ما لم يقض القانون بغيره » . وأصبح رقم المادة ١٢٢ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٩ — ص ١٦٤) .

ولكن القضاء والفقه فى مصر سارا على أن الغلط فى القانون كالغلط فى الواقع يجعل العقد قابلا للابطال[1] .

والذى كان يلبس الأمر فى هذه المسألة وقت قيام التقنين القديم غير مشتمل على نص فيها هو وجود قاعدة أخرى معروفة تقضى بأن الجهل بالقانون لا يقبل عذراً ، أو كما يقولون : « لا يفرض فى أحد أنه يجهل القانون » (Nul n'est censé ignorer la loi) ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة لايكون إلا حيث توجد أحكام قانونية تعتبر من النظام العام ، فيجب على جميع الناس مراعاتها ولا يجوز لأحد أن يخل بها بدعوى أنه يجهلها ، ويفترض أن كل شخص يعرف هذه الأحكام ، وإلالما أمكن تطبيقها تطبيقاً منتجاً لو أفسحنا جانب العذر فى ذلك . ويدخل فى هـذه الأحكام القوانين الجنائية وبعض من القوانين المدنية وهى التى تعتبر من النظام العام . مثل ذلك أن يقرض شخص آخر بفائدة تزيد على ٧ فى المائة وهو يجهل أن الحد الأقصى للفوائد هو ٧ فى المائة ، فليس للمقرض فى هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد القرض بدعوى الغلط فى القانون وأنه ما كان يقرض نقوده لو علم بأن الحدالأقصى للفائدة لايزيد على ٧ فى المائة ، بل يبقى القرض صحيحاً وتنقص الفائدة إلى ٧ فى المائة . أما إذا كان الغلط واقعاً فى مسألة قانونية لا تعتبر من النظام العام ، فلا شك

= ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢٣ (مطابق) — الليبى م ١٢٢ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى م ٢٠٦ (موافق) .

(١) دى هلتس لفظ convention فقـرة ٦٠ — والتون ١ ص ١٨٦ — ص ١٨٩ — الدكتور محمد وهيبـة فقرة ٢٦٢ — الدكتور عبد السلام ذهنى بك فقرة ١٢٠ — الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٧٢ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٣ — الدكتور أحمد حشمت أبوستيت فقرة ١٦٥ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الواقع فى صفة جوهرية فى الشىء يفسد الرضاء لا فرق فى ذلك بين غلط فى القانون وغلط فى الواقع (٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤) . وقضت كذلك بأن الاعتراف بصفة الحائز لعقار لا يكون صحيحاً إذا كان مبنياً على غلط فى القانون (١٤ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢) ، وبأن إمضاء الورثة على محضر جرد التركة ، وقد ذكر فيـه بيع صادر من المورث فى مرض الموت لأحد الورثة ، لا يعتبر إجازة لهذا البيع إذا كانت الورثة التى أمضت محضر الجرد تجهل حكم القانون فى بيع المريض مرض الموت وأنه يتوقف على إجازة الورثة (٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١) .

فى أنه يمكن الاحتجاج بهذا الغلط والتمسك به لطلب إبطال العقد ، إلا إذا نص القانون على غير ذلك كما فعل فى عقد الصلح حيث تنص المادة ٥٥٦ مدنى على أنه « لا يجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون »[(١)] .

---

(١) ولكن يجوز الطعن فى الصلح لغلط فى الواقع ، كما إذا صالح الدائن المدين على مبلغ الدين وكان الدافع لهذا الصلح توهم الدائن يسار المدين (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٦١) .

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢٢ ما يأتى : « قصد المشروع ... إلى القضاء على كل شك فيما يتعلق بحكم الغلط فى القانون . فكثيراً ما يستبعد هذا الغلط من بين أسباب البطلان النسبي استناداً إلى قاعدة افتراض عدم الجهل بالقانون . والواقع أن نطاق هذه القاعدة لا يتناول إلا القوانين المتعلقة بالنظام العام ، وعلى وجه الخصوص ما تتعلق منها بالمسائل الجنائية . أما إذا جاوز الأمر هذا النطاق فيكون للغلط فى القانون ، متى ثبت أنه جوهرى ، شأن الغلط فى الوقائع من حيث ترتيب البطلان النسبي ، ما لم يقض القانون بغير ذلك ، كما هى الحال مثلا فى عقد الصلح . وقد جرى القضاء المصرى على ذلك : أنظر استئناف مختلط فى ٢٠ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٤٤ — ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٤ — ١٤ نوفبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٢٢ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٥٩) .

ويلاحظ أن المراد بالغلط فى القانون الغلط فى القواعد القانونية التى ليست محلا للخلاف ، فهذا هو الذى يحتج به . أما الغلط فى المسائل المختلف عليها وترجيح أحد الآراء خطأ فلا أثر له فى صحة العقد (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦ — وفى ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٢ — وفى ٦ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٨٤) . ولكن يشترط أن تكون المسألة قد اختلفت فيها المحاكم فعلا ، فإذا لم تكن عرضت على المحاكم ، فإن الشخص إذا رجح رأياً على رأى خطأ منه عد هذا غلطاً فى القانون (محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٦) . وقد يتفق أن مسألة قانونية يبت فيها القضاء على نحو معين ، ويجرى تعامل الناس على مقتضى الرأى الذى سار عليه القضاء ، ثم يرجع القضاء عن رأيه إلى رأى آخر ، ففى مثل هذه الحالة يجدر اعتبار الغلط فى القانون مؤثراً فى صحة العقد (أنظر فى تحليل القضاء الفرنسى فى هذا الموضوع رسالة الدكتور فهمى نور ص ٧١ — ص ٧٦) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز للاحتجاج على فساد الرضاء التمسك بأنه بنى على حصول غلط فى القانون إلا إذا كان الغلط قد وقع فى حكم منصوص عليه صراحة فى القانون أو مجمع عليه من القضاء . فإذا حرر أحد منكوبى حريق حدث بقطار سكة حديد الحكومة إقراراً بأنه تسلم من خزانة المديرية ١٥٠ جنيها بصفة إحسان ، وأنه ليس له بعد إحسان الحكومة وعطفها هذا أى حق فى مطالبتها بشيء ما ، فهذا الإقرار لا يعتبر مشوباً بغلط فى القانون . والحكم الذى يعتبره كذلك مستنداً إلى أن المقر كان حين الإقرار يعتقد أن مصلحة السكة الحديد غير مسئولة عن الحادث ، وأنه إذن يكون تنازل عما كان يعتقد أنه لا حق له فيه ، هو حكم مخالف للقانون متعين نقضه . وذلك لأن الأمر الذى يحتمل أن صاحب الإقرار كان يجهله هو المسئولية المترتبة على الدولة بسبب الخلل فى تنظيم المصالح الحكومية أو سوء إدارتها ، وهذه المسئولية لا يقطع بها فى القانون المصرى نص صريح فيه أو إجماع من جهة القضاء ، فجهلها إذن لا يشوب الإقرار بالغلط المستوجب لفساد رضاء المقر ، ويتعين إذن إعمال الإقرار وأخذ صاحبه به (نقض مدنى فى ٣ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٧ ص ٣٩٤) .

ومن المفيد أن نطبق هذا المبدأ على جميع أنواع الغلط التي سبق تفصيلها . فالغلط في القانون الذي ينصب على صفة جوهرية في الشيء مثله أن يتعهد شخص بدفع دين طبيعي وهو يعتقد أن هذا الدين ملزم له مدنياً ، فيجوز له في هذه الحالة أن يطلب إبطال التعهد . ومثل الغلط في القانون الذي ينصب على شخص المتعاقد أن يهب رجل لمطلقته مالا وهو يعتقد أنه استردها لعصمته جاهلا أن الطلاق الرجعي ينقلب بائناً بانتهاء العدة فلا ترجع إلى عصمته إلا بعقد جديد . ومثل الغلط في القانون الذي يقع في القيمة أن يبيع وارث حصته في التركة وهو يحسب أنه يرث الربع فإذا به يرث النصف . ومثل الغلط في القانون ، الواقع في الباعث ، ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اعترف الوارث بحق للغير في التركة معتقداً أن القانون الوطني هو الواجب التطبيق ، ثم تبين بعد ذلك أن القانون الإيطالي هو الذي يطبق ، وأن دعوى الغير ليست صحيحة طبقاً لهذا القانون ، فإن رضاء الوارث يكون مشوباً بغلط في القانون[1] .

ب — كيف يتصل المتعاقد الآخر بالغلط

١٧٥ — الغلط المشترك : لم نعرض في كل ماقدمناه إلا للمتعاقد الذي وقع في الغلط ، فهو الذي نطبق في شأنه المعيار الذاتي ، معيار الغلط الجوهري . ولكن هل يبقى المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الغلط ، غير متصل به على وجه من الوجوه ، والمعيار كما قدمنا ذاتي ، وكثيراً ما يكون جاهلا بأمر هذا الغلط بل ويكون غير متوقع له ؟ إننا إذا قلنا بذلك تزعزع التعامل ؛ ولم يأمن أي متعاقد أن يرى العقد الذي اطمأن إليه قد انهار بدعوى الغلط يقدمها الطرف الآخر ، وهو بعد لم يدخل في سريرته فيعلم إن كان رضاؤه قد صدر عن غلط !

من أجل ذلك قال كثير من الفقهاء إن الغلط الفردي لا يكفي ، بل يجب أن يكون

---

(١) ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٠٤ — جازيت ٨ رقم ١٩٣ ص ٧٩ . [وانظر دي باج ج ١ فقرة ٤٢ حيث يعطي مثالا قريباً من ذلك وهو أن يكون الباعث الدافع إلى التعاقد هو الاعتقاد بوجود قانون غير قائم أو كان موجوداً وألغي] .

الغلط مشتركاً بين المتعاقدين (erreur commune) . ذلك أن المتعـاقد إذا وقع فى غلط جوهرى واشترك معه المتعاقد الآخر فىهذا الغلط ، ثم تبينت الحقيقة وطلب المتعاقد الأول إبطال العقد ، فمن العدل أن يقره المتعاقد الآخر على بطلان العقد لسبب هو نفسه قد اشترك فيه ، ولا يعود هناك وجه للتذمر من تقلقل المعاملات وعدم استقرارها . فإذا فرضنا مثلاً أن شخصاً باع لآخر صورة على أنها من صنع مصـور مشهور ، وجب أن يكون كل من البائع والمشترى يعتقد أن الصورة هى من صنعهذا المصور حتى يجوز للمشترى طلب إبطال البيع للغلط إذا تبين أن الصورة ليست من صنعه . أما إذا كان المشترى وحـده هو الذى يعتقد ذلك دون البائع ، فلا يكون هذا الغلط مشتركاً ، ولا يجعل البيع قابلا للابطال حتى لا يفاجأ البائع بدعوى إبطال العقد وهو لا يعلم شيئاً عن الغلط الذى وقع فيه المشترى .

هذه هى نظرية الغلط المشترك ، وهذه هى الحجج التى يقـدمها أنصار هذه النظرية للتدليل على صحة نظرهم . ولـكننا لا نشك بالرغم مما يقـدمون من حجج ، أن النظرية لا تتمشى مع المنطق ، ولا تتفق مع العدالة ، ثم هى ليست ضرورية لتحقيق الغرض العملى المقصود وهو استقرار المعاملات إذ يمكن الوصول إلى هذا الغرض من طريق آخر[1] .

أما أن النظرية لا تتمشى مع المنطق فظاهر ، لأن الغلط يفسد رضاء من وقع فيه ، ولا

---

(١) [انظر دى باج جـ ١ بنـد ٤٦ حيث يذكر تحت عنوان « الغلط وضرورة الاستقرار » الوسائل التى عمد اليها القضاء للتخفيف من حدة النظرية التقليدية فى الغلط ومنها (١) التفرقة بين الغلط المغتفر وغير المغتفر وقصر الحماية على الأول لأن الثانى ينطوى على خطأ من جانب صاحبه ينبغى أن ترتد إليه آثاره وخير تعويض عنه هو الابقاء على العقد (٢) الحكم بالتعويضات على المتعاقد الذى وقع فى الغلط إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية وأصابه ضرر من الحكم بالبطلان ، وذلك حتى فى حالة الغلط المغتفر (٣) وفى بعض الحالات يقيم القاضى العقد مع انقاص الثمن بدلاً من ابطاله مع الحكم بالتعويض على مدعى البطلان . وينتقد الفقه هذا المسلك لأن إقامة التوازن العقدى يعتبر تدخلا من القضاء فى تكوين العقد لا تسمح به القواعد العـامة (٤) ويلجأ القضاء أيضاً إلى فـكرة تحمل المتعاقد الذى وقع فى الغلط لمخاطر غلطه وإلى التوسع فيها لتجنب الحكم بالبطلان فى بعض الصور التى يبدو فيها الغلط غيرمستساغ . وكل هذه الوسائل فى مجموعها تمثل اتجاهاً واضحا نحو محاربة النزعة الفردية فى الغلط التى تصدر عنها نصوص القانونين الفرنسى والبلجيكى . ولا نظن القضاء المصرى فى حاجة إلى مثل هذه الأساليب إزاء نص المادة (١٢٠) من التقنين المدنى الجديد ، ما لم يكن ذلك لمجرد الاستهداء فى تفسير النص وتطبيقه] .

يمنع فساد هذا الرضاء كون المتعاقد الآخر لم يشترك فى الغلط[1] . فيجب منطقياً إبطال العقد إذا شاب رضاء أحد المتعاقدين غلط كان هو الدافع له إلى التعــاقد ، سواء وقع المتعاقد الآخر فى هذا الغلط أو لم يقع .

وأما أن النظرية لا تتفق مع العدالة — فيظهر ذلك إذا فرضنــا أن الغلط لم يكن مشتركا ، ولــكن المتعــاقد الذى صدر منه رضاء صحيــح كان يعلم بالغلط الذى وقع فيه المتعاقد الآخر ، وتركه مسترســلا فى غلطه دون أن ينبهه إلى ذلك . فالغلط فى مثل هــذه الحالة يكون فردياً ، وليس من شأنه أن يبطل العقد طبقاً لنظرية الغلط المشترك . ويترتب على ذلك أنه ما لم يكن هناك تدليس من المتعــاقد الأول ، ولنفرض أنه وقف موقفاً سلبياً محضاً ، فإن العقد يكون صحيحاً لا مطعن فيه . وبديهى أن هذه النتيجة تصطدم مع العدالة ، فإنه إذا كان عدلا أن يبطل العقد فى حالة اشــتراك الطرفين فى الغلط ، فالأولى أن يبطل العقد إذا انفرد أحد المتعاقدين بالغلط وكان الآخر يعلم ذلك ولم ينبهه إليه[2] .

وأما أن النظرية ليست ضرورية لاستقرار التعــامل ، فإن ذلك يظهر فى وضــوح لو أخذنا بنظرية الغلط الفردى ، واقتصرنا على اشتراط أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بهذا الغلط على الوجه الذى سنبينه فيما يلى :

١٧٦ — *الغلط الفردى الذى يتصل به المتعاقد الآخر* : يكفى إذن أن يكون الغلط

---

(١) [انظر دى باج جـ ١ بند ٤٣ حيث يضيف حجة أخرى مؤداها أن الغلط قد يشوب ويعيب التصرف القانونى الحاصل بارادة منفردة مع أنه ليس ثمة متعاقد آخر حتى يشترك فى هذا الغلط . ولهذا يرى أن القول بالغلط المشترك هو وضع خاطىء للمسألة . وانظر بيدان جـ ٨ ص ٨٢ وهامش (١) حيث يذكر أن القانون لا يستلزم أن يكون الغلط متبادلاً بين العاقدين] .

(٢) [انظر دى باج جـ ١ ص ٤٩ وهامش (٦) بها — وهو يرى أن الوضع الصحيح للمسألة هو أن اشتراك المتعاقدين يجب أن يتحقق بالنسبة للصفة الجوهرية التى دفعت الى التعاقد ، فان الطرفين يجب أن يشتركا فى اعتبارها كذلك . فالمشترك اذن ليس هو الغلط بل هو اتجاه الارادة الى الاهتمام بتلك الصفة فى دائرة التعاقد] .

فردياً[1] . ولـكن إذا كان المتعـاقد الآخر لم يشترك فى هذا الغلط وجب — حتى تمتنع مفاجأته بدعوى الغلط — أن يكون على علم به ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . وهذا ما تقضى به المـادة ١٢٠ من التقنين الجديد ، فهى تنص على أنه « إذا وقع المتعـاقد فى غلط جوهرى ، جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعـاقد الآخر قد وقع مثله فى الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه »[2] .

---

(١) وقد سارت محكمة النقض فى هذه النظرية إلى النهاية ، فاكتفت بأن يكون الغلط فردياً حتى لو كان الطرف الآخر حسن النية ، وأجازت الحكم له بتعويض تطبيقاً لقواعد المسئولية التقصيرية . فقضت بأنه إذا أثبت المتعاقد أنه كان واقعاً فى غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط ما كان عقد المشارطة ، حكم له ببطلانها ولو كان المتعاقد الآخر حسن النية غير عالم بغلط صاحبه ، إذ أن حسن نيته ليس من شأنه أن يقيم مشارطة باطلة ، وإنما هو قد يجعل له على الغالط حقاً فى تعويض إن كان يستحقه طبقاً لقواعد المسئولية . فإذا قضى الحكم ببطلان الإقرار الموقع من الممول بموافقته على تقدير مصلحة الضرائب لأرباحه بناء على أن موافقته كانت عن غلط وقع فيه ، فإنه لا يكون بحاجة إلى تحرى علم مصلحة الضرائب بغلطه (نقض مدنى فى أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٥ ص ٥٨٦) . ولـكن يلاحظ أن مصلحة الضرائب لها وضع خاص ، وشأنها ليس كشأن المتعاقد العادى . فهى إذا لم تعلم بغلط الممول كان كل ما أصابها من ضرر هو أن فات عليها ربح غير مشروع ، فهل لها أن تشكو من ذلك !

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٦٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى وقت إتمام العقد ، فيجوز له أن يتمسك بالبطلان إن كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جره بموقفه إلى الوقوع فى الغلط ، أو كان واقعاً مثله فيه ، أو كان يعلم بوقوع الغلط ، أو كان من السهل عليه أن يتبين ذلك » . وقد حذفت لجنة المراجعة عبارة « ولو لم يرتكب خطأ ، وقد جره بموقفه إلى الوقوع فى الغلط » لأن هذه العبارة تفترض حالة يندر وقوعها وإذا وقعت أمكن أن تندرج تحت حالة من الحالات الأخرى ، وحذفت عبارة « وقت إتمام العقد » لعدم ضرورتها . وأصبح رقم المادة ١٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . أما لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ فبعد تردد طويل وافقت على المادة كما أقرها مجلس النواب وأصبح رقمها ١٢٠ ، وقالت فى تقريرها ما يأتى : « اقترح الإعراض عن نظرية الغلط المشترك كما تقررها المادة ١٢٠ من المشروع ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن فكرة الغلط الفردى فى إطلاقها تخل باستقرار المعاملات وتفسح المجال لضروب من الادعاءات والمفاجآت انعقد الإجماع على وجوب توقيها . ونص المشروع فى الغلط يتمشى مع النظرية التقليدية ، ولا تزال هذه النظرية صالحة للعمل بها ، فهى تؤدى إلى تحصيل نفس النتائج التى يصل إليها الفقه الآن عن طريق نظريات أخرى ، هذا إلى أنها تمتاز بالوضوح وهى بعد تستعرض فروضاً مختلفة فى الغلط إذا كانت تشترك جميعاً فى أن الغلط فيها مبطل للعقد فإنها تختلف فى بقية الأحكام ، فالغلط إذا كان مشتركا بين البائع والمشترى كان البائع حسن النية ولا يتعرض إلا إلى إبطال العقد ، أما إذا انفرد المشترى بالغلط فالبائع إما أن يكون على علم بذلك ويكون سيء النية ويلزم فوق إبطال العقد التعويض وهذه حالة أدنى ما تكون إلى التدليس ، وإما أن يكون من السهل عليه أن يتبين غلط المشترى وقد يكون فى الظروف فى هذه الحالة ما يجيز اعتباره مقصراً وإلزامه بالتعويض بسبب هذا التقصير » . ووافق مجلس الشيوخ =

وتعليل ذلك أن الغلط إذا لم يكن مشتركا ، وفاجأ المتعاقد الذى وقع فى الغلط المتعاقد الآخر بدعوى الغلط ، ولزم أن نبطل العقد ، فإن المتعاقد الآخر حسن النية لا ذنب له فى ذلك ، والمخطىء هو المتعاقد الأول الذى أهمل فى كشف نيته ولم يجعل المتعاقد الآخر يتبين أو يستطيع أن يتبين ما شاب إرادته من غلط . فوجب عليه التعويض ، وخير تعويض فى هذه الحالة هو بقاء العقد صحيحاً[1] . ولا يستقيم هذا التعليل إلا إذا كان المتعاقد الآخر لا علم له بالغلط وليس من السهل عليه أن يتبينه . أما إذا كان عالماً بالغلط وأنه هو الدافع إلى التعاقد فلا حق له فى الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون سيء النية . وإذا لم يكن عالماً بالغلط ولكن كان من السهل عليه أن يتبينه وأن يتبين أنه هو الدافع إلى التعاقد ، فلا حق له كذلك فى الشكوى من إبطال العقد لأنه يكون مقصراً[2] . ويخلص لنا من

= على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٤٠ — ص ١٥٤) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢١ (مطابق) — الليبى م ١٢٠ (مطابق) — العراق م ١١٩ (موافق) — اللبنانى م ٢٠٧ (مقارب) .

(١) بقاء العقد صحيحاً هو كما قررنا على سبيل التعويض [وهو تعويض عينى : أنظر دى باج جـ ١ بند ٢٢ وديموج جـ ١ ص ٢٥٨] . إذ أن العقد هنا لم يقم على إرادة المتعاقدين الحقيقية ، لأن إرادة أحدهما غير صحيحة وهو يتمسك بإبطال العقد . بل قام العقد على أساس اعتبارات عملية ترجع لوجوب استقرار المعاملات . وقد سبق أن أشرنا إلى أمثلة أخرى من هذا النوع ، منها العقد الذى تختلف فيه الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة ، ومنها العقد الذى لا يقترن فيه القبول بالإيجاب إلا حكماً ، فلا يقوم العقد فى كل هذه الأحوال على توافق الإرادتين ، بل على الثقة المشروعة .

وواضح فى كل ما قدمناه أن المقصود بالإرادة الإرادة الحقيقية لا الإرادة الظاهرة . ولو اعتددنا بالإرادة الظاهرة لقام العقد على توافق الإرادتين . ومن ثم يصح القول بأن القانون الجديد قد أخذ فى الحالات المتقدمة الذكر بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، تحقيقاً لاستقرار التعامل . [انظر رسالة الدكتور أكثم الخولى : التعويض العينى فى القانون الفرنسى والقانون المصرى — رسالة من باريس ١٩٥٤ — من مطبوعات جامعة القاهرة (باللغة الفرنسية) ١٩٥٧ ص ١٩٣ بند ١٩٥ وما بعده] .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الغلط الفردى كاف لإبطال العقد حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر ما دام أنه كان يستطيع أن يعلم به . فقد اصطلح سنديك تاجر مفلس على دين للمفلس فى ذمة إحدى الشركات ، وكان السنديك يجهل أن هذا الدين مضمون برهن ، ولو علم بذلك لما رضى بهذا الصلح . وثبت من جهة أخرى أن الشركة التى اصطلحت مع السنديك ، ولو أنها كانت لا تعلم بجهل السنديك بوجود الرهن ، إلا أنها كانت تستطيع أن تعلم ذلك من ظروف تعاملها مع هذا السنديك . فأبطلت المحكمة العقد للغلط (٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٠) .

كل ذلك أن الغلط الجوهرى لا يجعل العقد قابلا للابطال إلا إذا كان غلطاً مشتركاً ، أو كان غلطاً فردياً يعلمه المتعاقد الآخر أو يسهل عليه أن يتبينه .

فإذا تحددت نظرية الغلط على هـذا النحو فإنها لا تتنافى مع استقرار التعامل ، ذلك لأن المتعاقد الذى وقع فى الغلط لا يدع للمتعاقد الآخر سبيلا للزعم بأنه فوجىء بطلب إبطال العقد . فقد ثبت[1] أن هـذا المتعاقد الآخر كان مشتركاً فى الغلط ، أو كان يعلم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه . وهو فى الأولى حسن النية ولـكن مقتضى حسن نيته أن يسلم بإبطال العقد ، وهو فى الثانية سيىء النية والإبطال جزاء لسوء نيته ، وهو فى الثالثة مقصر وتعويض التقصير الإبطال[2] .

---

(١) والذى يدعى الوقوع فى الغلط هو الذى ينهض بعبء الإثبات . ويثبت وقوعه فى الغلط واتصال المتعاقد الآخر بذلك بجميع طرق الإثبات ، لأنه يثبت وقائع مادية . ومما يجعل هذا الإثبات عسيراً أن يكون الغلط الذى وقع فيه غلطاً لا يعذر من أجله ، فإن مثل هذا الغلط يبعد أن يكون المتعاقد الآخر قد علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه . ومن هنا وجد معيار آخر هو الغلط المغتفر (erreur excusable) والغلط غير المغتفر (erreur inexcusable) . فالغلط المغتفر يفرض فيه أن المتعاقد الآخر كان على الأقل يسهل عليه أن يتبينه . أما الغلط غير المغتفر فيفرض فيـه أن المتعاقد الآخر لم يكن من السهل عليه أن يتبينه إذ لا يتصور أن يقع أحد فيه . ويجوز إذن القول بأن الغلط إذا كان غير مغتفر كان هذا قرينة قضائية على جهل المتعاقد الآخر به وعلى أنه لم يكن من السهل عليه أن يتبينه .

(٢) هذا وقد رأينا أن المادة ١٦٧ من المشروع التمهيدى كانت تنص على حالة رابعة أغفلها المشروع النهائى لأنها تندرج فى الحالات الأخرى ، وهى حالة ما إذا كان المتعاقد الآخر ، ولو لم يرتكب خطأ ، قد جر المتعاقد الأول بعوقفه إلى الوقوع فى الغلط . [أنظر المادة ٣٧ من قانون الالتزامات البولونى سنة ١٩٣٤] .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : «كان من واجب المشرع أن يقطع برأى معين فى مسألة المفاضلة بين اشتراط الغلط المشترك ، وهو مما يقوم بذهن العاقدين معاً ، والاجتزاء بالغلط الفردى وقد اكتفى المشروع بالغلط الفردى بوجه عام . بيد أنه اشترط لترتيب حكم الغلط عند عدم اشتراك طرفى التعاقد فيه ، أن يكون أحدهما قد جر الآخر إليه بعوقفه ، أو أن يكون عالماً بوقوعه ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبينه . ويلاحظ أن المتعاقد الآخر فى هذه الفروض الثلاثة ينسب إليه أمر يرتب مسئوليته ، وهذا ما يبرر طلب البطلان . أما إذا بقى بمعزل عن ظروف الغلط ، بأن وقف موقفاً لا يجر إلى الوقوع فيه أو امتنع عليه العلم به أو تبينه ، فلا يجوز التسليم ببطلان العقد إلا إذا سلم بوجوب تعويض هذا المتعاقد ، عملا بنظرية الخطأ فى تكوين العقد ، وهذا هو ما اتبعه التقنين الألمانى ... أما المشروع فقد ذهب إلى ما هو أيسر من ذلك ، فبدلا من أن يخول من وقع فى الغلط حق التمسك بالبطلان ، ثم يلزمه فى ذات الوقت بتعويض ما يصيب العاقد الآخر من خسارة ، جعل للعقد حكم الصحة وهيأ بذلك أجدى تعويض لهذا العاقد . وليس هذا إلا تطبيقاً تشريعياً خاصاً لنظرية الخطأ فى تكوين العقد ... هذا وينبغى التنويه بأمرين : (أولهما) أن الغلط الذى =

وغنى عن البيان أننا إذا اشترطنا أن يكون المتعاقد الآخر متصلا بالغلط على النحو المتقدم ، فإن ذلك يعنى أن يكون على بينة أيضاً من أن هذا الغلط الجوهرى هو الدافع إلى التعاقد كما سبق القول(١) .

= يبرر إبطال العقد ، وهو ما يشترك فيه المتعاقدان ، أو يتسبب فيه أحدهما ، أو يعلم به ، أو يكون فى مقدوره أن يعلم به ، قد يلقب اصطلاحاً « بالغلط المغتفر » . ويصبح الغلط « غير مغتفر » ، ولا يؤدى بذلك إلى إبطال العقد ، إذا وقع فيه أحد المتعاقدين دون أن يشاركه فيه المتعاقد الآخر ، أو يجره إليه ، أو يعلم به ، أو يستطيع العلم به . (والثانى) أنه لا يقصد بعلم الطرف الآخر بالغلط تبينه واقعة الغلط فحسب ، بل ووقوفه على أن هذا الغلط كان دافعاً إلى إبرام العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٣ — ص ١٤٣).

هذا ويلاحظ أن القانون الجديد باشتراطه اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، وباتخاذه قرائن موضوعية لإثبات الغلط فى ذاته ، قد تخفف من النزعة النفسية المغرقة التى تميز نظرية الغلط فى المدرسة اللاتينية . وقد يرى بعض أنصار هذه المدرسة فى هذا ابتعاداً عن التقاليد اللاتينية ، ولكنه ابتعاد تبرره الرغبة فى استقرار التعامل ، وهو على كل حال ليس ابتعاداً عن تقاليد الفقه والقضاء فى مصر . والصلة ظاهرة بين القرائن الموضوعية التى تثبت الغلط وبين اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، فإن هذه القرائن الموضوعية كثيراً ما تثبت الغلط وتثبت اتصال المتعاقد الآخر به فى وقت واحد .

[وانظر بيدان ج ٨ بند ١١٨ ص ٨٠ — ٨١ حيث يفرق بين أحوال ثلاث (١) حالة اشتراك العاقدين فى نفس الغلط وهنا لا شك فى قابلية العقد للابطال ، (٢) وقوع أحد العاقدين فى غلط مع سوء نية العاقد الآخر ويقع الإبطال هنا أيضاً (٣) وقوع أحد العاقدين فى غلط مع حسن نية العاقد الآخر ، لجهله بنوايا المتعاقد الواقع فى الغلط ولأنه لم يكن فى وسعه أن يتبينها ، وفى هذه الحالة يبطل العقد ولكن العاقد الحسن النية يعوض إذا أصابه ضرر من البطلان لأن المتعاقد الذى وقع فى الغلط هو المقصر ووقوعه فى الغلط يعد خطأ موجباً لمسئوليته . هذا وقد رأينا أن الفقه يميل الى القول بأن إقامة العقد هى خير تعويض فى هذه الحالة] .

(١) أنظر فى هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٩٠ . هذا ، وحتى يتيسر للمتعاقد الذى وقع فى الغلط أن يثبت ما يجب عليه إثباته ، يلجأ فى أكثر الأحيان إلى أن يبين فى العقد صراحة ما قام فى ذهنه من الاعتبارات التى دفعته إلى التعاقد ، كأن يذكر الوصف الذى اعتبره فى الشىء أو فى الشخص أو الباعث الذى حمله على أن يتعاقد أو القيمة التى يقدرها للشىء ، حتى يثبت بذلك علم المتعاقد الآخر بالدوافع التى ساقته إلى التعاقد ، فإذا تبين بعد ذلك أنه كان واهما فيما قدره ثبت فى الوقت ذاته أن المتعاقد الآخر كان عالماً بما وقع فيه من الغلط . والقضاء الفرنسى يلجأ فى كثير من أحوال الغلط إلى الاستناد إلى أن الشىء الذى وقع فيه الغلط كان محل بيان فى العقد .

ونص القانون الجديد واضح فى أن المطلوب إثباته هو أن يكون المتعاقد الآخر واقعاً فى ذات الغلط الجوهرى الذى وقع فيه المتعاقد الأول ، أو أن يكون على علم بهذا الغلط الجوهرى أى على علم بأن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، أو أن يكون من السهل عليه أن يتبين أن هذا الغلط الجوهرى هو الذى ساق إلى إبرام العقد . وهذا معناه أن الغلط الجوهرى يجب أن يقع فى دائرة التعاقد **(dans le champs contractuel)** . وكان من الممكن أن يقف القانون عند هذا الضابط الأخير (أنظر الدكتور حلمى =

ويتبين مما قدمناه أنه لا تبقى إلا حالة واحدة لا يكفى فيها الغلط الفردى لإبطال العقد ، هى ألا يتمكن المتعاقد الذى وقع فى الغلط من إثبات أن المتعـاقد الآخر كان مشتركاً فى هذا الغلط أو كان يعلم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه[1] .

= بهجت بدوى ص ١٩٠) لولا أن الحالات الثلاث التى فصلها النص يحسن تمييز كل حالة منها عن الأخرى لأهمية ذلك من الناحيتين العملية والقانونية .

أما الناحية العملية فأمرها ظاهر ، إذ التفصيل يرسم فى الذهن صورة عملية من هذا الضابط . فلو اقتصر القانون على أن يذكر أن الغلط الجوهرى يجب أن يقع فى دائرة التعاقد لاحتاج النص إلى بيـان وتفسير ، ولا يتم التفسير إلا بتفصيل هذه الحالات الثلاث ، ولعاب النص فوق ذلك أن تكون صيغته أدنى إلى الفقه النظرى منها إلى التشريع العملى .

وأما الناحية القانونية فتستلزم تفصيل الحالات الثلاث لأن أحكامها ليست واحدة . فالحالة الأولى ، وهى حالة الغلط المشترك ، لا محل فيها للتعويض على المتعاقد الذى وقع فى الغلط ، وبحسبه أن يبطل العقد ، ما دام المتعاقد الآخر كان مثله واقعاً فى الغلط أى كان حسن النية . أما الحالتان الآخريان — وهما حالة علم المتعاقد الآخر بالغلط وحالة سهولة تبينه للغلط — فقد يكون فيهما محل للتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء سوء نية المتعاقد الآخر فى حالة علمه بالغلط ، أو من جراء تقصيره فى حالة ما إذا كان من السهل عليه أن يتبين الغلط . (أنظر بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٨٩) ، والتعويض أقرب منالا فى الحالة الثانية منه فى الحالة الثالثة .

(١) ومن ذلك يتبين أن محكمة استئناف مصر كان فى استطاعتها أن تلجأ إلى هذا المبدأ لتبرير حكم أصدرته على الوجه الآتى : « إذا باع شخص عقاراً لتسديد دين مورثه ، وظهر له بعد ذلك أنه ليس مديناً فلا يجوز له أن يرفع دعوى ببطلان البيع للغلط لأنه كان يجهل براءة مورثه من الدين ، وذلك لأن الغلط فى هذه الحالة يكون فى الباعث له على التعاقد لا فى سببه . والغلط فى الباعث لا أثر له فى صحة العقد أخذاً بالنظرية التقليدية للغلط الذى يعيب الإرادة . أما إذا أخذ بما استحدثه الفقه والقضاء من أن الغلط المؤثر فى صحة العقد هو الحاصل فى الدافع الرئيسى إلى التعاقد ، ومن ثم لا يعود هناك محل للتفرقة بين السبب والباعث ، فإنه إذا تبين من ظروف الأحوال أن الدائن قد خاصم هذا الوارث بعد وفاة المورث من أجل هذا الدين ، وأنه أخذ فى تسديده فعلا ، وأنه فى سبيل هذا التسديد باع عقاره أخيراً ليسدد ما اعتقد أنه باق من الدين فى ذمته ، دون أن يعى بتحقيق هذه المسألة ومحاسبة الدائن ، وكأنه قبل التعاقد وهو فى دخيلة نفسه يتحمل تبعة ما ينجلى عنه الواقع ، فى هذه الصورة لا يعتبر العقد باطلا للغلط إذا أخلف الواقع ظنه ، لأن الدافع لم يخالف إرادته الفعلية بل هو خيب مجرد الأمل الذى يجول فى خاطره دون أن يرقى إلى منطقة الإرادة » (٥ ديسمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٩ رقم ١٠٤ ص ١٥٠) . ولو أن المحكمة قالت إن المشترى من الوارث لم يشترك فى هذا الغلط الدافع ولم يعلم به ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه لوصلت إلى عين النتيجة عن طريق قانونى سليم .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت أكثر توفيقاً فى إبراز المعنى الصحيح حين قالت : « لا يجوز للقضاء =

١٧٧ — تطبيق الغلط الذى يتصل به المتعاقد الآخر على أحوال الغلط المختلفة :
ويحسن أن نطبق نظرية الغلط الذى يتصل به المتعاقد على أحوال الغلط المختلفة — الغلط فى الشىء والغلط فى الشخص والغلط فى القيمة والغلط فى الباعث — حتى نتبين أن هذه النظرية تكفل استقرار التعامل على نحو مرض .

فإذا كان الغلط فى الشىء ، وكان فى صفة اعتبرها أحد المتعاقدين ولتكن مثلا أن الشىء الذى اشتراه أثرى ، وجب على المشترى إذا طلب إبطال العقد أن يثبت أن الشىء الذى ظنه أثرياً ليس إلا مجرد تقليد وأنه لم يكن ليشتريه لو كان قد علم بحقيقته . ثم يثبت إلى جانب ذلك أن البائع كان يظن مثله أن الشىء أثرى وأن هذه الصفة هى التى دفعت المشترى إلى الشراء ، أو يثبت أن البائع كان على بينة من أن الشىء غير أثرى وكان مع ذلك يعلم ، أو من السهل عليه أن يعلم ، أن المشترى إنما انساق إلى الشراء لأنه كان يظن أن الشىء أثرى . وإثبات كل ذلك يكون يسيراً لو عنى المشترى وقت التعاقد أن يبين أنه إنما يشترى الشىء لأنه أثرى . فإذا هو لم يبين ذلك فقد يتيسر الإثبات من القرائن والظروف ، كارتفاع الثمن إلى درجة لا تجعل قيمة الشىء المقلد متناسبة بتاتاً مع هذا الثمن ، وكالمهنة التى اتخذها البائع لنفسه إذا فرض أن هذا البائع مهنته الاتجار فى الأشياء الأثرية .

وإذا كان الغلط فى الشخص ، كمن يهب لآخر شخص مالا وهو يعتقد أنه ابن له غير شرعى ثم يظهر عدم صحة ذلك ، فللواهب أن يطلب إبطال الهبة للغلط ، ولكن يجب عليه أن يثبت إلى جانب الغلط الدافع أحد أمرين : إما أن الموهوب له كان يشاطر الواهب الاعتقاد بأنه ابن غير شرعى له وأن هذا كان هو الدافع إلى الهبة ، وإما أن الموهوب له مع علمه بأنه ليس ابن الواهب كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بالوهم الذى قام فى ذهن الواهب وأن هذا الوهم هو الذى دفعه إلى التبرع .

= أن يبطل عقداً لمجرد أن أحد المتعاقدين قد وقع فى غلط مادام المتعاقد الآخر كان حسن النية وكان يجهل هذا الغلط ولم يكن واجباً عليه أن يتحقق من وجوده » (أول يونيه سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧١ ، واظر حكماً آخر من محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦) .

وإذا كان الغلط فى القيمة . كما إذا باع شخص لآخر سهماً بقيمته الفعلية وهو لا يعلم أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، استطاع البائع أن يطلب إبطال البيع للغلط ، ولكن عليه أن يثبت أن المشترى كان يجهل مثله أن السهم قد ربح الجائزة ، أو أن هذا المشترى مع علمه بربح الجائزة كان يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، بجهل البائع لذلك . ولا شك فى أن مجرد بيع السهم بقيمته الفعلية دون حساب للجائزة كاف وحده ليكون قرينة على أن المشترى كان إما مشتركا فى الغلط ، وإما عالماً به ، و إما على الأقل كان من السهل عليه أن يتبينه .

وإذا كان الغلط فى الباعث ، كما إذا باع مريض شيئاً وهو يعتقد أنه فى مرض الموت ثم شفى ، كان للبائع فى هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع للغلط إذا هو أثبت أن المشترى كان يعتقد هو أيضاً أن البائع فى مرض الموت ، أو أن المشترى يعلم ، أو يسهل عليه أن يعلم ، أن البائع كان يعتقد أنه فى مرض الموت وأن هذا الاعتقاد هو الذى دفع المريض إلى البيع . وقد تقوم تفاهة الثمن مع خطورة المرض قرينة على ذلك .

ويتضح من التطبيقات المتقدمة أن القول بالغلط الفردى لا يصطدم مع استقرار التعامل متى روعيت قواعد الإثبات التى بيناها .

١٧٨ — التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية : وقد اشتمل التقنين الجديد على نص من شأنه أن يخفف من حدة الطابع الذاتى فى الغلط . فقضت المادة ١٢٤ منه بما يأتى : « ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ — و يبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو فى المادة ١٧١ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ١٢٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وقررت أغلبية لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبقاء النص دون تعديل ، وأصبح رقم المادة ١٢٤ =

ويتبين من هذا النص أن أى تمسك بالغلط ، إذا تعارض مع حسن النية ، يكون غير جائز . فإذا اشترى شخص أرضاً وهو يعتقد أن لها منفذاً إلى الطريق العام ، ثم يتضح أنها محصورة ، فيعرض عليه البائع النفقات التى يقتضيها حصوله على حق المرور إلى الطريق العام مما يحقق له كل الأغراض التى قصد إليها ، فيأبى إلا إبطال البيع ، جاز أن يكون التمسك بالغلط فى هذه الحالة متعارضاً مع ما يقضى به حسن النية ، فلا يجاب المشترى إلى طلبه . ويمكن اعتبار هذا الحكم تطبيقاً من تطبيقات نظرية التعسف فى استعمال الحق .

وقد أورد الشق الثانى من النص تطبيقاً من أهم تطبيقات هذا المبدأ . فقضى بأن المتعاقد الذى وقع فى الغلط يبقى ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد . فإذا باع شخص سهماً بقيمته الفعلية . وكان يجهل أن هذا السهم قد ربح جائزة كبيرة ، يبقى مع ذلك ملزماً بالبيع إذا نزل له المشترى عن هذه الجائزة . وإذا تعاقد شخص مع قاصر وهو يعتقد أنه بلغ سن الرشد ، فليس له أن يتمسك بالغلط إذا أجاز الوصى العقد ، وإذا اشترى شخص شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى ، فإنه يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشىء الأثرى الذى قصد شراءه[1] .

= وتبين من مناقشات هذه اللجنة أن النص يعتبر تطبيقاً لنظرية التعسف فى استعمال الحق . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٦ ص — ١٧٠) . وانظر المادة ٢٥ من قانون الالتزامات السويسرى والمادة ٣٨ من قانون الالتزامات البولونى ، وأنظر أيضاً حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٢٤ . [وأنظر : دى باج جـ ١ فقرة ٤٧] .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية : السورى م ١٢٥ (مطابق) — الليبى م ١٢٤ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ١٢٤ ما يأتى : « أبيح لمن وقع فى الغلط أن يطلب بطلان العقد لأنه ما كان ليتعاقد لو أنه تبين وجه الأمور وقدرها تقديراً معقولا . تلك هى علة حق التمسك بالبطلان ، وهى بذاتها مرجع حدوده . فمتى كان من المحقق أن العاقد قد أراد أن يبرم عقداً ، فمن الواجب أن يلتزم بهذا العقد ، بصرف النظر عن الغلط ، ما دام أن العاقد الآخر قد أظهر استعداده لتنفيذه . وعلى ذلك يظل من يشترى شيئاً ، معتقداً خطأ أن له قيمة أثرية ، مرتبطاً بعقد البيع ، إذا عرض البائع استعداده لأن يسلمه نفس الشىء الذى انصرفت نيته إلى شرائه . ويقارب هذا الوضع ما يتبع فى تحويل العقود كما سيأتى بيان ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٦٧) . وسنرى عند الكلام فى تحول العقد إلى أى حد يتقارب الوضعان المشار إليهما فى المذكرة الإيضاحية وإلى أى حد يختلفان .

§ ٢ — التدليس(*)

(Le dol)

١٧٩ — علاقة التدليس بالغلط : التدليس هو إيقاع المتعاقد فى غلط يدفعه إلى التعاقد . فالعلاقة إذن وثيقة ما بين التدليس والغلط . والتدليس لايجعل العقد قابلا للابطال إلا للغلط الذى يولده فى نفس المتعاقد(١) .

والتدليس بهذا التحديد يختلف عن الغش (fraude) . لأن التدليس إنما يكون فى أثناء تكوين العقد ، أما الغش فقد يقع بعد تكوين العقد ، أو يقع خارجاً عن دائرة العقد . كذلك يختلف التدليس المدنى (dol civil) عن التدليس الجنائى (dol pénal) وهو النصب (escroquerie) بأن الطرق الاحتيالية فى النصب عنصر مستقل قائم بذاته . وتكون عادة أشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستعملة فى التدليس المدنى كما سنرى(٢) .

(*) بعض المراجع : مقال بلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٣ ص ٥٤٥ — سالى فى إعلان الإرادة ص ٥٠ وما بعدها — ديموج ١ فقرة ٣٣٨ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٩ وما بعدها — رسالة دريفيس (Dreyfus) فى التدليس المدنى والجنائى باريس سنة ١٩٠٧ — رسالة الدكتور يحيى تاج الدين فى التدليس وفى التصوير غير الصحيح ليون سنة ١٩٢٦ — رسالة جاى (Gay) فى التأثير غير المشروع فى القوانين الأنجلوسكسونية ديجون سنة ١٩٢٧ — رسالة جورف (Gorphe) فى مبدأ حسن النية باريس سنة ١٩٢٨ — أجاتشتين (Agatstein) فى التدليس والغش من ناقص الأهلية باريس سنة ١٩٢٧ — كوهين (Cohin) فى الكتمان الخاطىء باريس سنة ١٩٢٩ — رسالة بيران (Perrin) فى التدليس فى تكوين الأعمال القانونية باريس سنة ١٩٣١ — برجيه فاشون (Berger-Vachon) فى تدليس ناقص الأهلية فى تكوين العقود وفى تنفيذها المجلة الانتقادية سنة ١٩٣١ ص ٤٦٧ — رسالة فوان (Vouin) فى حسن النية بوردو سنة ١٩٣٩ — [دى باج ج ١ بند ٤٨ ص ٥٧ وملحق ج ١ ص ٣٣ — بيدان ج ٨ بند ١٣٣ ص ٩٣] — والتون ١ ص ٣٠٧ ومابعدها — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٢٧٥ وما بعدها — حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٥ وما بعدها — أحمد حشمت أبوستيت فقرة ١٧٠ وما بعدها .

(١) [أنظر فى هذا المعنى : بيدان ج ٨ بند ١٤٤ ص ٩٨ — ودى باج ج ١ بند ٤٩ ص ٥٨] .

(٢) أنظر فى التمييز بين التدليس المدنى والتدليس الجنائى حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ٨ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٨٢ . [ومقال بلانيول فى المجلة الانتقادية ١٨٩٣ ص ٦٥٠] .

ولما كان التدليس يؤدى إلى الغلط ويختلط به كما قدمنا ، فنبدأ بتحديد عناصر التدليس ثم نبين أن نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس .

١ — عناصر التدليس

١٨٠ — عنصراه : تنص المادة ١٢٥ من التقنين الجديد على أنه « ١ — يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد . ٢ — ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة »[1] . وهذه المادة تقابل المادتين ١٣٦/١٩٦ من التقنين القديم اللتين جرتا على الوجه الآتى : « التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى » . ولا فرق ما بين القانونين الجديد والقديم إلا فى ناحية الصياغة والأسلوب وفى النص صراحة فى القانون الجديد على التدليس السلبى .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يكون التدليس سبباً فى بطلان العقد إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين أو شخص ينوب عنه ، أو أجنبى اشترك معه فى هذه الحيل ، من الجسامة بحيث لولاها لم يبرم الطرف الثانى العقد . ٢ — ويعتبر سكوت أحد المتعاقدين عمداً عن واقعة أو ملابسة يجهلها المتعاقد الآخر سكوتاً تدليسياً إذا ثبت أن العقد ما كان ليتم لو علم هذا المتعاقد بهذه الواقعة أو تلك الملابسة » . وفى لجنة المراجعة تقرر حذف عبارة «أو أجنبى اشترك معه فيه» من الفقرة الأولى لأن حكمها مستفاد من المادة التالية ، وتقررت إعادة صياغة المادة بفقرتيها بحيث أصبحت مطابقة لنص القانون الجديد . وأصبح رقم المادة ١٢٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة بعد استبدال عبارة « لما أبرم » فى الفقرة الأولى بعبارة « لم يبرم » ووافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٢٥ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧١ — ص ١٨٤) . وانظر المادة ٢٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادتين ٥٦/٥٢ من التقنينين التونسى والمراكشى ، والمادة ٩٤ من التقنين البرازيلى .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢٦ (مطابق) الليبى م ١٢٦ (مطابق) — العراق م ١٢١ وم ١٢٣ (موافق) — اللبنانى م ٢٠٨ (موافق) .

وتنص المادة ١٢٦ من التقنين الجديد على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس »[1]. وهذا النص لا مقابل له فى القانون القديم ، وقد حسم إشكالا كان قائماً سنفصله فيما بعد .

ويستخلص من هذه النصوص أن للتدليس عنصرين[2] : ١ — استعمال طرق احتيالية وهذا هو العنصر الموضوعى . ٢ — تحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسى . وهذان العنصران كافيان ، ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كان التدليس قد صدر من أحد المتعاقدين أو من الغير[3] .

---

(١) أنظر المادة ٢٠٩ من قانون الالتزامات اللبنانى . وانظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ١٨٤) .

(٢) والذى يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للتدليس هو الذى يحمل عبء إبطال هذا التدليس بعنصريه . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ، بما فى ذلك البينة والقرائن ، حتى لو كان العقد المطعون فيه بالتدليس مكتوبا لأن التدليس واقعة مادية (استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩ — محكمة بنى سويف الجزئية فى ٤ نوفمبر سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٧٧) . [وانظر دى باج ج ١ ص ٦٣ بند ٥٣ وهو يذكر أن التدليس واقعة سابقة على العقد (فضلا عن كونه واقعة مادية) — وبيدان ج ٨ بند ١٤٥ ص ٩٩ وهامش (١) بها حيث يشير إلى أنه حتى لو كان العقد رسمياً فان إثبات التدليس لا يحتاج إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير] .

ووقوع التدليس مسألة موضوعية ، لقاضى الموضوع فيها الرأى النهائى . ولكن الوصف القانونى لوقائع التدليس مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ، وذلك كالبت فيما إذا كان مجرد الكذب أو الكتمان يكفى للتدليس ، وفيما إذا كان التدليس الصادر من الغير يؤثر فى صحة العقد (نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١٤ — وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩) . [وانظر بيدان ج ٨ بند ١٣٥] .

(٣) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادتين ١٢٥ و ١٢٦ ما يأتى : « يشترط فى التدليس إذا صدر من أحد المتعاقدين ، سواء أصدر من المتعاقد نفسه أم من نائبه أم من شريك له ، أن ينطوى على حيل . بيد أن هذه الحيل تختلف عن سميها فى النصب الجنائى ، إذ يكفى فيها مجرد الامتناع من جانب العاقد ؛ كسكوته عمداً عن واقعة جوهرية يجهلها العاقد الآخر . والواقع أنه ليس ثمة تطابق بين تعريف التدليس المدنى والتدليس الجنائى . ومهما يكن من أمر ، فليس ينبغى أن يعتد فى تقدير التدليس بما يسترسل فيه المتعاقد من آراء بشأن ما للتعاقد من مزايا أو عيوب ، متى كانت هذه الآراء من قبيل الاعتبارات العامة المجردة عن الضبط والتخصيص (أنظر المادة ٦٦٧ من التقنين الألمانى) . =

١٨١ — استعمال طرق احتيالية : الطرق الاحتيالية تنطوى على جانبين : جانب مادى هو الطرق المادية التى تستعمل للتأثير فى إرادة الغير ، وجانب معنوى هو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع[(١)] .

فالطرق المادية لا تقتصر عادة على مجرد الكذب ، بل كثيراً ما يصحب الكذب أعمال مادية تدعمه لإخفاء الحقيقة عن المتعاقد ، ويجب أن تكون هذه الأعمال كافية للتضليل حسب حالة كل متعاقد[(٢)] ، فالمعيار هنا ذاتى . والأمثلة كثيرة : فهناك شركات وجمعيات تتخذ لها من مظاهر الإعلان ما لا يتفق مع حقيقتها لتخدع الناس فى أمرها . وهناك أفراد يظهرون بمظهر اليسار والسعة أو يتخذون لأنفسهم صفات منتحلة . وهناك من يخفى المستندات ، ومن يصطنعها ، ومن يزوّر فيها ، حتى يحمل الغير على التعاقد معه على الوجه الذى يريد[(٣)] . ولا يكفى مجرد المبالغة فى القول ولو وصلت المبالغة إلى حد

= ويشترط كذلك أن تكون الحيل التى تقدمت الإشارة إليها قد دفعت من ضلل بها إلى التعاقد . ومناط التقدير فى هذا الصدد نفسى أو ذاتى ، كما هى الحال بالنسبة لعيوب الرضاء جميعاً » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٢) .

(١) [انظر نقض مدنى ١٩/٤/١٩٥١ — مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٤ ص ٧١٥ : الغش المفسد للرضا يجب أن يكون وليد إجراءات احتيالية أو وسائل من شأنها التغرير بالعاقد بحيث يشوب إرادته ولا يجعله قادراً على الحكم على الأمور حكماً سليماً] .

(٢) [أنظر دى باج جـ ١ بند ٥٠ ص ٥٩ وديموج جـ ١ بند ٣٦١ ويذكر دى باج أنه يجب مراعاة عدم خبرة المتعاقد المخدوع أو جهله الا أنه لا تجوز المغالاة فى ذلك إلى حد حمايته حتى لو كان جهله لا يغتفر بل ينبغى أن نلتزم فى ذلك حداً أدنى من اليقظة ويقرر ديموج فى ذلك أن المعيار هنا وسط بين الذاتية والموضوعية] .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الجمعية التى تتخذ لها مظاهر من الإعلان توهم أن أعضاءها مسئولون شخصياً عن التزاماتها ترتكب تدليساً يبطل التعاقد الذى يتم بينها وبين الغير (٣ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٣٣) . ويكون باطلا للتدليس عقد التأمين الذى يتقدم فيه شخص آخر غير المؤمن له للكشف الطبى (استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وإذا أظهر الدائن ما من شأنه إيهام الكفيل بقيام المدين بتعهداته فجدد الكفيل كفالته تحت تأثير هذا الإيهام ، فالتجديد قابل للابطال (محكمة الاستئناف الوطنية فى ٣٠ مارس سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ٧٥ — أنظر حكماً آخر لهذه المحكمة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢٢) وانظر نظرية العقد للمؤلف ص ٣٩٣ حاشية رقم ١ .

الـكذب ما دام أن ذلك مألوف فى التعامل ، كالتاجر يروّج لبضاعته فينتحل لها أحسن الأوصاف[1] .

على أنه لا يشترط فى التدليس المدنى أن تـكون الطرق الاحتيالية مستقلة عن الـكذب ، قائمة بذاتها . كما يشترط ذلك فى النصب الجنائى . ففى بعض الأحوال يكفى الـكذب ذاته طريقاً احتيالياً للتدليس[2] . فالمهم إذن فى الطرق الاحتيالية ليس أنها طرق مستقلة تقوم بذاتها لتسند الـكذب ، بل أن يكون المدلس قد ألبس على المتعاقد وجه الحق فحمله على التعاقد تضليلا ، واختار الطريق الذى يصلح لهذا الغرض بالنسبة إلى هذا المتعـاقد . فمن الناس من يصعب التدليس عليه فتنصب له حبائل معقدة ، ومنهم من يسهل غشـه فيكتفى فى التدليس عليه بمجرد الـكذب[3] .

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ . [وانظر دى باج حـ ١ بند ٥٠ ص ٥٨ — ٥٩ — وبيدان جـ ٨ ص ٩٥ هامش ١] .

(٢) وقد قضت محكمة مصر الـكلية الوطنية بأن التأكيدات غير الصحيحة التى تصدر من أحد المتعاقدين ويكون لها على الطرف الآخر التأثير الذى يحمله على قبول العاقد من شأنها أن تجعل العقد قابلا للابطال متى ثبت أنه لولا هـذه التأكيدات لما حصل الرضاء (٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٢٨١) . وقضت محكمة أسيوط الـكلية بأن الـكذب للتحايل للحصول على عمل بإعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاية الطالب وخدماته السابقة من شأنه أن يؤثر التأثير الـكافى فى رضاء من تم التعاقد معه على العمل ، وبذلك يكون العقد قابلا للابطال (٢٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ ص ٥٥٥) . [وانظر دى باج بند ٥٠ ص ٥٨] .

(٣) على أن الأصل هو أن مجرد الـكذب لا يكفى للتدليس ما لم يتبين بوضوح أن العاقد المخدوع لم يكن يستطيع استجلاء الحقيقة بالرغم من هذا الـكذب ، فإذا كان يستطيع ذلك فلا تدليس (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٣ — وفى ٩ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٨٤ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٨ — محكمة المنيـا الجزئية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٥ ص ٢٣٧) . ويلاحظ أنه كثيراً ما يعتبر إعطاء بيانات كاذبة لشركة التأمين تدليساً يبطل العقد ، كما إذا ذكر المؤمن له وهو بحار أنه مزارع فيخفى بذلك عن الشركة الأخطار التى تنجم عن مهنته (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦) ، وكما إذا ذكر المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها وتاريخ شرائها (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥) . وتعتبر المبالغة عن سوء نية فى قيمة الشىء المؤمن عليه ، أو فى مقدار =

بل قد يكون التدليس عملا سلبياً محضاً . فيكفى مجرد الكتمان (réticence) طريقاً احتيالياً . والأصل أن الكتمان لا يكون تدليساً ، إلا أن هناك أحوالا يكون فيها أمر من الأمور واجب البيان ، فيلتزم المتعاقد الذى يعلم هذا الأمر بالإفضاء به ، ويعد تدليساً منه أن يكتمه . وتارة يكون الالتزام بالإفضاء مصدره نص فى القانون[١] . وطوراً يكون مصدره الاتفاق الصريح . ولكن فى كثير من الأحيان يكون المصدر هو هذه القاعدة القانونية العامة التى تقضى بعدم جواز الغش[٢] ، وذلك بأن يستخلص من الظروف أن أمراً هاماً يؤثر فى التعاقد إلى درجة كبيرة ، ويدرك أحد المتعاقدين خطره ، ويعرف أن المتعاقد الآخر يجهله ، ومع ذلك يكتمه عنه ، فيحمله بذلك على التعاقد[٣] . وهذا ما نصت

= الضرر الحاصل ، تدليساً (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٩ — وفى ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ ص ٧٩ — وفى ٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٣ — وفى ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٧٩) . أما المبالغة عن حسن نية فلا تكون تدليساً بشرط ألا يصر عليها المؤمن له بعد أن يتبين الحقيقة . كذلك إذا أخفى المؤمن له نفسه وذكر اسم شخص آخر ، فإن هذا البيان الكاذب يعتبر تدليساً (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٦٩ — ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٤) .

(١) أنظر مثلا المادة ٧٦٤ من القانون المدنى الجديد فى التأمين على الحياة .

(٢) [أنظر دى باج ج ١ بند ٥٠ ص ٥٨ وهامش (٤) و (٥) بها — وهو يذكر أن الالتزام بالمصارحة قد ينشأ عن القانون أو عن الظروف . ويذكر بيدان (ج ٨ بند ١٣٨) أنه قد يرجع إلى طبيعة العقد — وأنظر فى ذلك أيضاً : ديموج ج ١ بند ٣٥٨ — ونقض فرنسى ٢٣ مايو ١٩٣٣ — دالوز ١٩٣٣ — ١ — ١٤٣] .

(٣) مثل ذلك أن يصطلح وارث مع مدين للتركة ، ويكتفى الوارث بأخذ جزء من الدين وهو يجهل أن هناك تأميناً يضمن الدين كله ، ويعلم المدين جهل الوارث بذلك فيكتم عنه أمر الضمان حتى يحمله على هذا الصلح ، وكأن يبيع شخص لآخر منزلا ويكتم عنه أن هذا المنزل قد شرع فى نزع ملكيته للمنفعة العامة ، وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع العقار إذا كتم عن المشترى أن هذا العقار مستحق كلياً أو جزئياً وهو يعلم بذلك ، أو أخفى عنه ما يثقل العقار من الحقوق ، كان هذا تدليساً (١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧) . ولكن مجرد علم البائع أن دعوى استحقاق قد رفعت ضده ، فلا يخبر المشترى بذلك دون أن تكون عنده نية التدليس ، بل وهو صحيح الاعتقاد بملكيته وبملكية من باع له لا يعد تدليساً ، وبهذا قضت محكمة النقض وقالت فى أسباب حكمها ما يأتى : « وحيث إنه حتى إذا أخذ فى مثل صورة الدعوى بالتدليس السلبى ، واعتبر المدعى عالماً بدعوى الاستحقاق ، واستنتج علمه من وصول إعلان الدعوى المختلطة إليه فى حينه وقبل تحرير العقد الابتدائى فإن ما جاء على لسان البائع من أن المبيع =

عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٥ إذ قضت بأن « يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » . ومن ذلك نرى أن الكتمان يكون تدليساً إذا توافرت الشروط الآتية فى الأمر الذى بقى مكتوماً : (١) أن يكون هذا الأمر خطيراً بحيث يؤثر فى إرادة المتعاقد

= خال من جميع الرهون والحكر والحقوق العينية أياً كانت... وما جاء به من أنه مكلف بتقديم مستندات التمليك قبل العقد النهائى ومن قيام هذا البائع بتسليم عقد البيع الرسمى الصادر له من البائعين وكشوف خلو العين المبيعة من التصرفات على ما سبق تفصيله بصدر هذا الحكم — ما جاء من ذلك يدل على أن البائع كان صحيح الاعتقاد بملكيته وملكية من باع له ، وأنه ليس فى حاجة إلى أن يخدع المشترية بكتمان دعوى الاستحقاق أمام المحكمة المختلطة لأن الملك على كل حال هو ضمانه وضمان بائعيه ، فإذا استحق عليه أو على المشترية منه كان لها عند ذلك أن ترفع دعوى الضمان فسخاً للبيع وإلزاما له بالتضمينات » (نقض مدنى فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٧ ص ١٠٤٩) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعاقد شخص مع شركة تأمين على التأمين عن البضائع الموجودة بمحله من السرقة ، وقرر كذباً فى إجابته عن الأسئلة المدونة فى طلب التأمين أنه يقيد مشترياته ومبيعاته فى سجل خاص وأنه يحتفظ بقائمة جرد بضاعته ، وكان منصوصاً فى وثيقة التأمين على بطلان عقد التامين إذا كان ما قرره طالب التأمين غير صحيح ، ثم استخلص الحكم استخلاصاً سائغاً أن البيانات المشار اليها هى بيانات جوهرية ذات أثر فى تكوين التعاقد ، ورتب على عدم صحتها سقوط حق المؤمن له فى مبلغ التأمين إعمالا لنص العقد ، فإنه لا يكون أخطأ فى تطبيق القانون . ولا يغير من ذلك أن البيان الكاذب لم يكن له دخل فى وقوع الخطر الذى حصل من أجله التأمين (نقض مدنى ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٨ ص ٧٥٦) — ملاحظة : تنص المادة ٧٥٠ من القانون المدنى الجديد على بطلان كل شرط تعسفى يرد فى وثيقة التأمين ، ويتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر فى وقوع الحادث المؤمن منه) . ولكن محكمة النقض قضت من جهة أخرى بأنه إذا أبطلت المحكمة التعاقد على التأمين تأسيساً على أن تقرير المؤمن له أن لديه دفتر منتظمة لقيد مشترياته ومبيعاته وقائمة لجرد البضاعة يراجعها بانتظام لم يكن صحيحاً ، وأن الدفتر الذى ظهر أنه يعنيه غير باعث على الاطمئنان لعدم انتظامه ووجود شطب فيه ، وأن تقريره هذا كان فى خصوص أمر جوهرى لتعلقه بسجل هو المرجع الرئيسى لتعيين ما على شركة التأمين أن تؤدى إليه فى حالة وقوع الخطر المؤمن منه ، فهذا منها قصور فى تسبيب حكمها ، إذ أن عدم انتظام القيد فى الدفاتر لا يؤدى عقلا إلى القول بكذب التقرير بوجود دفاتر ، بل كل ما يترتب عليه هو التأثير فى قوة الدفتر كأداة إثبات . وإذ أن المحكمة حين اعتبرت البيان عن السجل وقائمة الجرد جوهرياً لتعلقه بإثبات الضرر الذى يلحق المؤمن له من وقوع الخطر المؤمن منه وأنه يحدد فيما بين العاقدين طريقة إثباته ، لم تبن ذلك على اعتبارات من شأنها أن تبرره ، وخصوصاً أن عبء إثبات الضرر يقع دائماً على المؤمن له دون الشركة المؤمنة ، مما مفاده أن تعلق ذلك البيان بالإثبات ليس من شأنه أن يفيد أنه جوهرى له (نقض مدنى فى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٦ ص ١٧٢) .

الذى يجهله تأثيراً جوهرياً ، (٢) أن يعرفه المتعـاقد الآخر ويعرف خطره ، (٣) أن يتعمد كتمه عن المتعاقد الأول ، (٤) ألا يعرفه المتعاقد الأول أو يستطيع أن يعرفه من طريق آخر[1] . وأكثر ما يكون الكتمان تدليساً فى عقود التأمين[2] .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد الكتمان لا يبلغ أن يكون تدليساً ما لم يقترن بحيلة غير مشروعة (نقض مدنى فى ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ ص ٥٩) . وقضت محكمة استئناف أسيوط بأن مجرد الكتمان لا يكفى اعتباره غشاً وتدليساً ما دام الأمر الذى تعمد أحد العاقدين كتمه على المتعاقد معه يمكن لهذا أن يعرفه من طريق آخر (استئناف أسيوط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٤٤ ص ٦٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر تدليساً كتمان الدائن المرتهن عن مشترى العقار المرهون أن هناك رهناً آخر على العقار لم يكشف عنه صاحب العقار المرهون (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١) : ويلاحظ أن الاتفاق الذى لا يعتبر الكتمان فيه تدليساً فى هذه القضية هو اتفاق المشترى مع الدائن المرتهن على أن يدفع له جزءاً من الثمن سداداً لحقه فى نظير موافقته على البيع ، والكتمان لا يعتبر هنا تدليساً لأن المشترى كان يستطيع من طريق الكشف عن العقار معرفة الرهن الثانى) .

ومن جهة أخرى قضت محكمة النقض بأنه إذا أخفى شريك على شريكه وهو يقتسم معه أن الأطيان التى يأخذها هذا الشريك هى أطيان مرفوع بها دعوى استحقاق من جهة وقف بحيث لو علم الحقيقة وأن معظم ما اختص به بمقتضى عقد القسمة يدخل فى مستندات الوقف وأن معظم ما اختص به شريكه يخرج عنها لما رضى بالقسمة ، فان هذا لا يكفى لاعتباره فى حكم المادة ١٣٦ مدنى (قديم) حيلة تفسد رضاء من خدع بها (مستفاد من حكم لمحكمة النقض فى دائرتها المدنية فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ — : مجموعة أحكام النقض — السنة الأولى — رقم ١٨ ص ٦٤ — هذا وفى وقائع هذه القضية أن الشريك زاد على مجرد الكتمان أنه أخبر شريكه أن ما يختص به غير مهدد بخطر الاستحقاق) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تبين أن المشترى كان تحت تأثير ما ذكره البائع له من بيانات خاصة بدين الدائن على العقار المبيع وعدم استحقاق شىء منه ولا من فوائده وقت تحرير العقد ، فأثر ذلك فى نفسه ودفعه إلى التعاقد ، ولم يكن يعلم أنه أدخل عليه الغش والتدليس بأن كتم وأخفى عنه مقدار الفوائد المستحقة على العقار قبل تحرير عقد البيع كما أخفى عليه ما اشترطه الدائن من حق الاحتفاظ بالمطالبة بالدين والفوائد عند التقصير فى دفع الفوائد فى مواعيدها ، الأمر الذى أدى إلى حلول جميع الدين وترتب عليه نزع ملكية العقار ورسا مزاده على الدائن ، فمثل هذه التصرفات هى نوع من الغش والتدليس الموجب لبطلان العقد (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣١٢ ص ٦٤٥ : وهنا أيضاً جاوز البائع مجرد الكتمان إلى الكذب عن طريق بيانات غير صحيحة أدلى بها للمشترى). [وقد قضت محكمة النقض فى ١٥ مايو ١٩٦٢ (مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٥ ص ١٠٨٢) بأن كتمان بائع المحل التجارى أمر الحكم بغلقه يعتبر تدليساً مفسداً للرضا] .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن كتمان المؤمن على حياته لمرض أصابه قبل التأمين يعد تدليساً (٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٩٠) . وكذلك يعد تدليساً كتمان المؤمن له عن شركة التأمين أن شريكه كان قد توعده أمام شهود بإحراق متجره ، لأن هذا الكتمان من شأنه أن يؤثر فى تقدير التبعية (استئناف مختلط فى ٥ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ٧٩) .

بقى الجانب المعنوى وهو نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع . فإذا انعدمت نية التضليل لا يكون هناك تدليس ، كالتاجر يبرز ما يعرضه فى أحسن صورة . وهو لا يقصد التضليل بل يريد استهواء الناس[1] . وقد توجد نية التضليل ولكن يقصد بها الوصول إلى غرض مشروع ، كما إذا استعمل المودع طرقاً احتيالية للحصول من المودع عنده ، وقد تبين أنه شخص غير أمين ، على إقرار بالوديعة[2] ، فلا يعد ذلك تدليساً .

١٨٢ — التدليس هو الدافع إلى التعاقد : ويجب أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد . وقاضى الموضوع هو الذى يبت فى ذلك ، فيقدر مبلغ أثر التدليس فى نفس العاقد المخدوع ليقرر ما إذا كان التدليس هو الذى دفعه إلى التعاقد ، ويسترشد فى ذلك بما تواضع عليه الناس فى تعاملهم وبحالة المتعاقد الشخصية من سن وذكاء وعلم وتجارب[3] .

ويميز الفقه عادة بين التدليس الدافع (dol principal) ، وهو التدليس بالتحديد الذى قدمناه ، والتدليس غير الدافع (dol incident) ، وهو تدليس لا يحمل على التعاقد وإنما يغرى بقبول شروط أبهظ[4] ، فلا يكون سبباً فى إبطال العقد ، بل يقتصر الأمر

---

(١) على أن هذا لا يمنع من وقوع المتعاقد الآخر فى الغلط ، ويبطل العقد للغلط لا للتدليس . ويعرف القانون الإنجليزى ما يسميه بالتصوير غير الصحيح (misrepresentation) وهو قريب من حالتنا هذه إذ يعلن أحد المتعاقدين للآخر معلومات غير صحيحة ولكن عن حسن نية ، فيبطل العقد للغلط لا للتدليس .

(٢) أنظر نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٧١ ص ١٢٣ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١ — ١٨ نوفبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ — ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١٥/٣ . [وانظر بيدان جـ ٨ بند ١٤٢ فى آخره حيث يذكر أن هذه مسألة واقع — أما وصف الوقائع المعروضة بأنها طرق احتيالية مكونة للتدليس فهو مسألة قانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك] .

(٤) مثل ذلك أن يطلع بائع العقار المشترى على عقود إيجار لهذا العقار ، وهى عقود مصطنعة أو قديمة يريد أن يوهمه بها أن ريع العقار مرتفع ، فإذا حمله بذلك على شراء العقار بثمن عال كان للمشترى أن يطلب تعويضاً من البائع هو زيادة الثمن الذى دفعه عن الثمن الذى كان يدفعه لو علم بحقيقة الأمر . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بائع السند بثمن مقسط إذا لم يستوف الأقساط الواجبة الدفع ، وأنذر المشترى بفسخ البيع بعد أن ربح السند المبيع الجائزة الكبرى ، وحمل المشترى بذلك ، بعد أن أوهمه أنه يستطيع =

فيه على تعويض يسترد به العاقد المخدوع ما غرمه بسبب هـذا التدليس وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية[1] . وهذا التمييز منتقد . ذلك أن التدليس الذى يغرى على التعاقد بشروط أبهظ هو تدليس دفع إلى التعاقد بهذه الشروط ، ولا يمكن فصل الإرادة فى ذاتها

= فسخ البيع ، على أن يصطلح معه على شروط باهظة ما كان يقبلها لولا هذا التدليس ، يكون قد ارتكب تدليساً غير دافع ، ويلتزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشترى و ما كان يقبله لو كان التعامل على غير غش (٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢) . وقد يحدث أن من يعرض شيئاً لبيعه فى المزاد يتفق مع شخص على أن يتقدم فى المزاد ، ويزايد عليه مزايدة وهمية ، فإذا فعل ذلك وقدم عطاء أكبر ، فهذا العطاء الوهمى قد يكفى لإلغاء العطاء الذى سبقه ، ويكون لصاحب العطاء السابق حق طلب التعويض للغش أو التمسك بصورية العطاء الأكبر . أما إذا نجحت الحيلة وتقدم شخص وزاد على العطاء الوهمى ورسا عليه المزاد ، فله أن يطعن فى العقد بالتدليس ، ويكون التدليس هنا غير دافع يستوجب التعويض لا إبطال العقد (ديموج ٢ فقرة ٦٠٨ مكررة) . [ويأخذ التعويض فى مثل هذه الأحوال صورة انقاص الثمن . ولا يعتبر ذلك تعديلا لشروط العقد ، مما يمتنع على القاضى ، إذ أنه ينطوى على معنى المقاصة بين التعويض المستحق للمشترى والثمن الذى ارتضاه بسبب التدليس (دى باج جـ ١ ص ٦٠ هامش ١)] .

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص فى هذا المعنى . فقد قضت المادة ١٧٥ من هذا المشروع بما يأتى : « التدليس الذى يجعل العقد أثقل عبئاً دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد لا يعطى المدلس عليه إلا الحق فى مطالبة المدلس بالتعويض » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية بصدد هذه المادة ما يأتى : « إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما اقتصر أمره على استدراجه إلى قبول شروط أشد وقراً مما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع ، فلا يعتبر عيباً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تقصيراً أو خطأً من جانب المدلس تترتب عليه مسئوليته ، ويعطى الحق فى طلب التعويض ، سواء أوقع التدليس من أحد المتعاقدين أم من أجنبى عن العقـد » . وقد حذف هذا النص فى المشروع النهائى لأنه يقرر حكماً يكفى فيه تقرير قواعد المسئولية (أنظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٥ فى الهامش) .

[وانظر فى التمييز ما بين التدليس الدافع وغير الدافع : دى باج جـ ١ بند ٥١ ص ٥٩ — وبيدان جـ ٨ بند ١٤٢ ص ٩٧ — ٩٨ : وهو يقرر أن التدليس يكون عرضياً إذا اتضح أنه بصرف النظر عنه فإن المتعاقد كان سيبرم الصفقة (حتى لو عرف الحقيقة) فلا يكون التدليس إذن هو الذى دفعه إلى التعاقد بل يقتصر أثره على إقناعه بقبول شروط أبهظ . على أن التدليس فى جزئية قد يكون هو الدافع إلى التعاقد فى جملته فيكون سبباً فى إبطال العقد . ويرى بيدان أن العبرة فى ذلك بظروف كل حالة . كما يقرر دى باج أن التمييز بين التدليس الدافع وغير الدافع هو مجرد نبراس (standard) يهتدى به القضاء . (وانظر أيضاً ديموج جـ ١ بند ٣٧٧ ص ٥٩٠) .

ونرى من ذلك أن معيار التفرقة بين هذين النوعين من التدليس إنما يرجع إلى أثرها لا إلى موضوعهما فقد يقع التدليس على مسألة تفصيلية ويكون مع ذلك دافعاً] .

عن الشروط التي تحركت الإرادة في دائرتها . فالتدليس هنا أيضاً يعيب الإرادة ، والعاقد المخدوع بالخيار بين أن يبطل العقد أو أن يستبقيه مكتفياً بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب التدليس . وهو إذا اختار الإبطال بقي في دائرة العقد ، وإذا اختار التعويض انتقل إلى دائرة المسئولية التقصيرية . وكل تدليس له هـذان الوجهان ، سواء في ذلك ما سمى بالتدليس غير الدافع وما سمى بالتدليس الدافع[1] .

١٨٣ — التدليس صادر من المتعاقد الآخر أو من الغير : القانون المدني القديم :
كانت المادتان ١٣٦/١٩٦ من التقنين المدني القديم ، في نصهما العربي ، تقضيان كما رأينا بأن « التدليس موجب لعدم صحة الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من التعاقد الآخر بحيث لولاها لما رضى » . وكان هذا النص العربي يتفق مع القانون المدني الفرنسي الذي ينص صراحة على أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر (م ١١١٦) . لذلك كان الفقه والقضاء في مصر يذهبان إلى أن التدليس يجب أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر ، تمشياً مع النص العربي المشار إليه ومع نص التقنين الفرنسي[2] . وكان الفقه يعلل هذا الحكم الشاذ بأن التدليس إذا صدر من الغير

---

(١) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه طبعة سنة ١٩٤٩ فقرة ٢٢٨ . ومع ذلك انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٤ . ويلاحظ أن هناك وجهاً للتوفيق بين من يقول بهذا التمييز ومن لا يقول به . ففي التدليس غير الدافع إذا اختار العاقد المخدوع إبطال العقد وفقاً لرأى القائلين بعدم التمييز ، جاز للعاقد الآخر أن يعوضه عن الضرر الذي أصابه بسبب التدليس فيمنعه بذلك من إبطال العقـد . ونحن نقيس في ذلك التدليس على الغلط في أن كلا منهما لا يجوز التمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية . ومتى استقام هذا الحل اقتصر العاقد المخدوع على التعويض وفقاً لـكل من الرأيين (قارن محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ مارس سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٠) .

(٢) والتون ١ ص ٢٥٢ — ص ٢٥٤ — الدكتور محمد صالح في أصول التعهدات فقرة ٢٨٥ ص ٢٤٢ الدكتور محمد وهيبه ص ١٩٥ — دى هلتس ١ لفظ (convention) فقرة ٦٤ — هالتون ١ ص ٣٢٠ ص ٣٢١ — فتحي زغلول ص ١٣٣ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٤١ وفي ٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٧ — محكمة المنيا الجزئية في ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٣٠ ص ١٨٢ — ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٩ ص ٨٤٩ . =

فلا يجوز أن يكون سببا فى إبطال العقد ، إذ ليس من العـــدل أن يجزى المتعاقد الآخر بالإبطال عن ذنب اقترفه الغير ، وللعاقد المخدوع أن يرجع على الغير الذى صدر منه التدليس بتعويض عما أصابه من الضرر . وليست هذه الحجة بمقنعة . فإن التدليس ، سواء صدر من المتعاقد الآخر أو صدر من الغير ، يعيب الإرادة . وما دمنا نأخذ بالمعيار الذاتى وننظر لا إلى التدليس فى ذاته بل إلى ما أحدثه من الأثر فى نفس المتعاقد ، فإن الواجب عـــدم التفريق بين تدليس صدر من المتعاقد الآخر وتدليس صدر من الغير ، لأن العاقد المخدوع مضلل فى الحالتين ، وقد صدرت إرادته على غير هدى ، فلا يجوز أن يلتزم بتمثل هذه الإرادة . والواقع أن هذا التمييز ليست له علة منطقية ، وهو يرجع فى الأصل لأسباب خاصة بالقانون الرومانى[1] . وبالرغم من زوال هذه الأسباب فقد تلقى القانون الفرنسى القديم القاعدة ميراثاً من التقاليد ، وانتقلت منه إلى القانون الفرنسى الحديث . وإلا فما الفرق بين الإكراه والتدليس من هذه الناحية ، والمقرر أن الإكراه يبطل العقد سواء صدر من المتعاقد الآخر أو من الغير ، لأنه يعيب الإرادة فى الحالتين[2] .

= وقد قضت محكمة النقض بأن التدليس الحاصل من أجنبى بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء كالتدليس الحاصل من المتعاقد نفسه (نقض مدنى فى ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص ٢١٤) . فلم تعتد محكمة النقض بالتدليس الصادر من أجنبى إلا لأنه متواطىء مع أحد المتعاقدين .

وقد خالف هذا الرأى فى ظل القانون القديم فقهاء قالوا بعدم التمييز ما بين تدليس صادر من أحد المتعاقدين وتدليس صادر من الغير : أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦ — فقرة ٣٩٢ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٢٨ — الدكتور عبد السلام ذهنى ص ١٢٨ — ص ١٣٠ .

(١) فقد كان « البريطور » فى القانون الرومانى يعطى الدعوى والدفع فيما يختص بالتدليس ضد الشخص الذى صدر منه التدليس . فإذا ما داخل العقد تدليس صادر من الغير لم يكن للمتعاقد الذى وقع فى التدليس إلا الرجوع على هـــذا الغير ، ولا رجوع له على المتعاقد الآخر ، فيبقى العقد صحيحاً لا سبيل إلى إبطاله . وهذا بخلاف الإكراه فإنه حتى إذا وقع من الغير يمكن الاحتجاج به ضد المتعاقد الآخر (جيرار طبعة سادسة ص ٤٧١) . [وانظر فى ذلك أيضاً دى باج جـ ١ بند ٥٢ ص ٦١] .

(٢) أنظر محاولة للدفاع عن هذا التمييز ما بين التدليس والإكراه ونقد هذه المحاولة فى نظرية العقد للمؤلف ص ٤٠٩ حاشية رقم ٥ . [وانظر دى باج بند ٥٢ ص ٦٠ — ٦١ حيث يشير إلى اتجاه الفقه الحديث فيما يشبه الإجماع إلى اعتبار الإرادة معيبة سواء أكان التدليس راجعاً إلى المتعاقد الآخر أو إلى فعل الغير] .

ولعل ضعف الحجة فى وجوب التمييز بين التدليس الصادر من الغير والتدليس الصادر من المتعاقد الآخر هو الذى حمل القضاء والفقه فى فرنسا وفى مصر على الانتقاص من هذا التمييز والعمل على هدمه بالإكثار من الاستثناء فيه[1] فاستقر الرأى على ألا تمييز بين تدليس صادر من الغير وتدليس صادر من المتعاقد الآخر ، وأن كليهما يعيب الإرادة ، فى الأحوال الآتية : (١) إذا كان التصرف القانونى الذى داخله التدليس تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد (٢) فى الهبات لأن الهبة يجب أن تتمحض عن نية التبرع خالصة فإذا داخلها التدليس ولو صدر من الغير كان مبطلا لها (٣) فى المعاوضات إذا صدر التدليس من نائب المتعاقد الآخر[2] أو من الغير إذا كان متواطئاً مع المتعاقد الآخر[3]، أو إذا صدر التدليس من الغير وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا التدليس أو كان فى استطاعته أن يعلم به[4].

---

(١) [أنظر دى باج ﺟ ١ ص ٦١ — ٦٣ وهوامشها — وهو يضيف إلى هذه الاستثناءات حالة ما إذا كان إبطال العقد ممكناً على أساس القواعد العامة فى الغلط ، فعندئذ يتم الإبطال كنتيجة للغلط المتولد عن التدليس ولو كان راجعاً إلى فعل الغير] .

(٢) [أنظر فى مسئولية المتعاقد عن التدليس الحاصل من نائبه : ديموج ﺟ ١ بند ٣٦٧ ص ٥٧٩ — ولوران ﺟ ٢٨ بند ٥٤ — ودى باج ﺟ ١ ص ٦٠ — ٦١ وهو يشير إلى أن الفقه الحديث يقرر مسئولية الأصيل عن التدليس الحاصل من نائبه وإن كانت هذه المسألة قد أثارت خلافاً فى الفقة إذ لا نيابة فى العمل غير المشروع ، ولذلك قيل أن المسئولية هنا هى عن فعل التابع (تمشياً مع اتجاه فى الفقه الحديث إلى تشبيه الوكيل بالتابع) ولكن اعترض على ذلك بأن الجزاء عندئذ يكون هو التعويض لا إبطال العقد ، إلا إذا قيل أن الإبطال هو خير تعويض : ويرى لوران أن أساس المسئولية فى هذه الحالة هو خطأ المتعاقد فى اختيار نائبه . ويرى دى باج أن مبدأ حسن النية يقتضى ألا يتحمل المتعاقد المخدوع نتائج التدليس الحاصل من نائب المتعاقد الآخر بل إن هذا الأخير هو الذى يجب أن يتحمل مخاطر سوء اختياره . هذا ولا تثور المشكلة بالنسبة للنائب عن شخص معنوى إذ أنه معتبر عضواً أو أداة له .

ومبدأ اعتبار تدليس النائب معادلا لتدليس الأصيل مقرر فى القانون السويسرى ومستفاد أيضا من المادة (٤٥) من تقنين الالتزامات البولونى الصادر سنة ١٩٣٤ — أنظر دى باج ﺟ ١ بند ٥٧] .

(٣) [وهذا الحل مقرر صراحة فى المادة ٢٨ من تقنين الالتزامات السويسرى والماده ٤٠ من تقنين الالتزامات البولونى] .

(٤) [فلا يلزم إذن أن يكون المتعاقد الآخر هو « الفاعل الأصلى » فى التدليس بل يكفى أن يكون شريكا فيه وهو عادة يستعين فى ذلك بوسطاء (بيدان ﺟ ٨ بند ١٤١ ص٩٧) ولا تلزم المشاركة الإيجابية =

وكان الفقه المصرى يستطيع أن يجد فى القانون المدنى القديم سنداً على أن التدليس يعيب الإرادة حتى لو صدر من الغير ، إذا هو رجع إلى النص الفرنسى للمادتين ١٣٦/١٩٦ ، فإن الترجمة الدقيقة لهذا النص هى ما يأتى : « التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة بحيث إنه لولاها لما رضى » . فلم يميز النص بين تدليس يصدر من المتعاقد الآخر وتدليس يصدر من الغير ، بل أطلق فجعل التدليس يعيب الإرادة فى الحالتين[1] . ولو أخذ الفقه والقضاء فى مصر بهذا التفسير الوجيه لاستغنيا به عن سلوك الطريق الطويل الملتوى الذى سلكه الفقه والقضاء فى فرنسا ، ولذهبا مباشرة إلى الحل الصحيح عن طريق النص الصريح .

١٨٤ — التقنين المدنى الجديد فى التدليس الصادر من الغير :

هذا ما فعله التقنين الجديد . فقد تجنب التناقض الذى وقع فيه التقنين القديم ، ونص صراحة فى المادة ١٢٦ ، كما سبق القول ، على أنه « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ،

= فمجرد سكوت المتعاقد مع علمه بالتدليس الحاصل من الغير كاف فى هذا المقام . (وهذه صورة من صور التدليس السلبى) — أنظر دى باج جـ ١ بند ٥٢ ص ٦٣ وهامش ٢ بها] .

(١) وكنا نأخذ بهذا الرأى فى ظل القانون القديم وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وفى رأينا أن المشرع المصرى فى القانون القديم أراد العدول عن القاعدة الفرنسية التى تقضى بأن التدليس يجب أن يكون صادراً من الغير ، لأنها قاعدة منتقدة كما رأينا فأورد النص الفرنسى للمادتين ١٣٦/١٩٦ ، وهو النص الأصلى وإن لم يكن النص الرسمى ، قاطعاً فى أنه لا يشترط أن يكون التدليس صادراً من الغير . ثم ترجم هذا النص إلى العربية ، ولكن المترجم تصرف فيه ، فبدلا من أن يتقيد بالأصل فيذكر أن « التدليس يعيب الإرادة إذا كانت الحيل المستعملة ضد المتعاقد جسيمة ... » ، ذكر أن « التدليس يعيب الرضاء إذا كان رضاء أحد المتعاقدين مترتباً على الحيل المستعملة له من المتعاقد الآخر ... » . فهو لما أورد لفظ « رضاء » وأسنده إلى « أحد المتعاقدين » انساق إلى ذكر « المتعاقد الآخر » بشىء من المقابلة الطبيعية . ولعله يكون قد فهم خطأ من النص الفرنسى الذى ترجمه أن الحيل المستعملة ضد أحد المتعاقدين هى حيل صادرة من المتعاقد الآخر ، وأن هذا يفهم من مدلول النص . فجاءت الترجمة مخالفة للأصل . والواجب فى هذه الحالة الأخذ بالنص الفرنسى دون النص العربى ، لأن النص الأول هو الذى يعبر بأمانة عن قصد المشرع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٣٨٦) .

أو كان من المفروض حتما أن يعلم ، بهذا التدليس»[١] . وقد نص التقنين الجديد على مثل هذا فى الإكراه (أنظر المادة ١٢٨) ، فسوى بحق ما بين الإكراه والتدليس فى ذلك[٢] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — التدليس الصادر من غير المتعاقدين لا يعطى حقاً للمدلس عليه فى طلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن الطرف الآخر كان يعلم ، أو كان فى استطاعته أن يعلم ، بهذا التدليس وقت إبرام العقد . ٢ — فاذا كان الطرف الآخر لايعلم ، أو ليس فى استطاعته أن يعلم ، بصدور تدليس من الغير ، فلايترتب على التدليس إلا تخويل المدلس عليه حق مطالبة المدلس بالتعويض » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه المادة ما يأتى : « اختلفت المذاهب فى شأن التدليس الصادر من الغير ، ففريق لا يرتب عليه بطلان العقد ... ، وفريق يجعل له حكم التدليس الصادر من المتعاقدين من حيث ترتيب البطلان ... ، وفريق يتوسط بين هذين المذهبين ... ويشترط لاعتبار التدليس الصادر من الغير عيباً من عيوب الرضاء ، أن يثبت من ضلل به أن الطرف الآخر كان يعلم به ، أو كان فى استطاعته أن يعلم به ، وقت إبرام العقد . وفى هذا تطبيق خاص لنظرية الخطأ فى تكوين العقد التى سبق تبطيقها فيما يتعلق بالغلط . وقد اختار المشروع ما اتبعه الفريق الثالث . ويراعى أنه إذا انصرفت منفعة من منافع العقد مباشرة إلى شخص غير العاقد (كالمستفيد فى اشتراط لمصلحة الغير) فلا يجوز ابطال العقد بالنسبة له ، إلا إذا كان يعلم ، أو كان فى إمكانه أن يعلم ، بالتدليس ... ويختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهى تعتبر قابلة للبطلان ، ولو كان من صدر له التبرع لايعلم بتدليس الغير ولم يكن يستطيع أن يعلم به ، لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب . وغنى عن البيان أنه لا يكون لدى العاقد سبيل للانتصاف سوى دعوى المطالبة بالتعويض إذا لم يعلم العاقد الآخر بالتدليس أو لم يكن فى مقدوره أن يعلم به » . وفى لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية من المادة لأنها تقرر حكماً يكفى فيه تقرير قواعد المسئولية ، وأعيدت صياغة المادة على الوجه الآتى : « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان فى استطاعته أن يعلم بهذا التدليس » . وأصبح رقم المادة ١٣٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « أو كان من المفروض حتما أن يعلم » بعبارة « أو كان فى استطاعته أن يعلم » ، وأصبح رقم المادة ١٢٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٤ — ص ١٧٨) .

[ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢٧ (مطابق) — الليبى م ١٢٦ (مطابق) — العراقى م ١٢٢ (موافق) — اللبنانى م ٢٠٩ (موافق) .

(٢) ويلاحظ أن القانون الجديد اشترط فى التدليس والإكراه الصادرين من الغير ، إذا أريد التمسك بهما لإبطال العقد ، أن يثبت المتعاقد المدلس عليه أو المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر ، إذا لم يكن يعلم علماً يقينياً بالتدليس أو بالإكراه ، فهو على الأقل مفروض فيه حتما أن يعلم بذلك ، وهذا بخلاف الغلط ، فقد اكتفى القانون الجديد فيه بإثبات أن المتعاقد الآخر كان من السهل عليه أن يتبينه . ولا يوجد سبب ظاهر لهذه التفرقة بين الغلط من جهة والتدليس والإكراه من جهة أخرى ، حتى يتحمل المتعاقد فى الحالة الثانية عبئاً فى الإثبات أثقل من العبء الذى يتحمله فى الحالة الأولى . ولعله يكون فى الحالة الأولى أولى =

وإذا كان التدليس الصادر من الغير يعيب الإرادة متى كان المتعاقد الآخر يعلم ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم ، بالتدليس ، بقي الفرض الذى يكون فيه المتعاقد الآخر غير عالم بالتدليس وغير مستطيع أن يعلم به . وحتى هنا يجوز إبطال العقد للغلط إذا أثبت العاقد المخدوع أن العاقد الآخر كان مشتركاً معه فى الغلط الذى وقع فيه من جراء هذا التدليس ، أو أن هذا المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان يستطيع أن يعلم بهذا الغلط . فإذا لم يثبت شيئاً من ذلك ، فإن العقد لا يكون باطلا لا للتدليس ولا للغلط . وهذا عدل ، لأننا إذا أبطلنا العقد فى هذه الحالة فالمتعاقد الآخر وهو حسن النية أن يطلب تعويضاً ، وخير تعويض هو بقاء العقد صحيحاً . وهذا تطبيق آخر لقيام العقد على سبيل التعويض ، لا على الإرادة الحقيقية للمتعاقد[1] ، وقد سبقت الإشارة إلى تطبيقات من هذا القبيل .

ب — نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس

١٨٥ — الغلط يغنى عن التدليس فى النظرية الحديثة : قدمنا أن التدليس من شأنه أن يوقع المتعاقد فى غلط ، فإذا كان رضاؤه معيباً فإنما يكون ذلك بسبب الغلط الذى أوقعه فيه التدليس . ومع ذلك فإن النظرية التقليدية للتدليس إذا وضعت بجانب النظرية التقليدية للغلط تجعل دائرة التدليس أوسع من دائرة الغلط[2] . فهناك أحوال لا يكفى فيها الغلط

= بالرعاية : فمن جهته هو ليس للغلط مظاهر مادية تبرر التشدد معه فى الإثبات بينما أن للتدليس وللإكراه هذه المظاهر ، ومن جهة من تعاقد معه إذا وقع فى غلط يكون أقل عذراً مما لو كان ضحية تدليس أو إكراه . ويبدو أن التفرقة لا مبرر لها ، ولا تفسر إلا بأن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عند ما عدلت النصوص الخاصة بالتدليس وبالإكراه سهى عليها أن تجرى تعديلا مماثلا فى النصوص الخاصة بالغلط . ومن ثم يحسن عدم التشدد فى إبراز هذه التفرقة عند التطبيق العملى .

(١) ويصح القول هنا بأن القانون الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، وعندئذ يقوم العقد على توافق الإرادتين . [قارن الدكتور عبد الحى حجازى بند ١٠٧ ص ٢٠٠ حيث يرى أن الأمر لا يتعلق هنا بمسألة الإرادة الظاهرة والباطنة — لأن الغلط الناشىء من التدليس قد عاب الإرادة فى تكوينها وإن هذه الإرادة المعيبة هى نفسها التى حصل التعبير عنها وجاء التعبير مطابقاً لها] .

(٢) [أنظر : دى باج جـ ١ ص ٥٨ بند ٤٩ و ص ٦٣ آخر بند ٥٢] .

لإبطال العقد ، كالغلط فى الباعث والغلط فى القيمة ، فإذا اقترن بالغلط تدليس دافع ، كان التدليس لا الغلط هو السبب فى إبطال العقد[١] . ومن ذلك نرى أنه طبقاً للنظرية التقليدية لا يغنى الغلط عن التدليس . بل يجب الحرص على التمييز بين التدليس والغلط ، فإنه إذا كان كل تدليس يحدث فى النفس غلطاً ، فإن الاقتصار على هذا الغلط مجرداً عن التدليس لا يكفى لإبطال العقد فى كل الأحوال .

أما فى النظرية الحديثة ، فالغلط يغنى عن التدليس . ولا يمكن فى هذه النظرية أن يوجد عقد يبطل للتدليس دون أن يكون قابلا لأن يبطل للغلط فى الوقت ذاته . والتدليل على ذلك هين . فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعاً ، وهو يبطل العقد لما يوقع فى نفس المتعاقد من الغلط . فالغلط الناشىء عن التدليس المبطل للعقد لابد أن يكون غلطاً دافعاً ، والغلط الدافع يبطل العقد دائماً حتى لو وقع فى الباعث أو فى القيمة . فنرى من ذلك أن كل عقد يبطل للتدليس يمكن فى الوقت ذاته أن يبطل للغلط ، وأن نظرية الغلط تغنى إذن عن نظرية التدليس[٢] .

١٨٦ — ولكن التدليس لا يغنى عن الغلط : ذلك أن التدليس إذا لم يوقع فى نفس المتعاقد غلطاً فلا أثر له فى صحة العقد ، ولا تترتب عليه إلا مسئولية عن التعويض إذا انطوى على خطأ تقصيرى وأحدث ضرراً . ولا يمكن أن نتصور عقداً لا يبطل للغلط ويبطل مع ذلك للتدليس . فالعبرة إذن بالغلط لا بالتدليس . وإذا كان الغلط يغنى عن التدليس ، فإن التدليس لا يغنى عن الغلط .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٩ ص ١٤٧ . [فالتدليس هنا يعتبر عيباً متميزاً (أنظر بيدان جـ ٨ بند ١٤٤ ص ٩٨)] .

(٢) أغفل التقنين البرتغالى التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضاء (أنظر م ٦٥٧ و ٦٦٣ من هذا التقنين) . وكذلك فعل التقنين النمساوى (م ٨٧٠ من التقنين النمساوى القديم و م ٥٥ من التقنين النمساوى المعدل) . أنظر أيضاً بلانيول ٢ فقرة ١٠٦٦ — ديموج ١ فقرة ٣٦٤ — مذكرات الأستاذ ليفى لإيلمان فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص ٣٩٤ .

على أنه إذا وقع المتعاقد فى غلط من شأنه أن يبطل العقد ، فإن هناك فرقاً عملياً فى هذه الحالة بين أن يكون الغلط مصحوبا بالتدليس أو أن يكون غير مصحوب به . ويظهر أثر هذا الفرق فى أمرين : (أولا) يسهل إثبات الغلط حيث يكون مصحوباً بالتدليس ، فإن الطرق الاحتيالية تكون غالباً طرقاً مادية يسهل إثباتها ، فيثبت الغلط تبعاً لذلك . أما إذا لم يصحب الغلط تدليس ، فإنه يصبح أمراً نفسياً ليس من الميسور إثباته . (ثانياً) إذا كان الغلط مصحوباً بتدليس ، فإن التدليس يكون سبباً فى إلزام المدلس بالتعويض ، وذلك إلى جانب إبطال العقد ، إذا نجم عن التدليس ضرر[١] . أما الغلط غير المصحوب بالتدليس فجزاؤه إبطال العقد ، ولا محل للتعويض إلا إذا ثبت خطأ فى جانب المتعاقد الذى علم بالغلط أو كان يستطيع أن يعلم به .

وظاهر أن كلا من هذين الأمرين عملى محض ، ولا صلة له بأثر الغلط فى صحة العقد[٢] . وقد آثر القانون الجديد مع ذلك أن يستبقى التدليس إلى جانب الغلط جرياً على التقاليد ، لا سيما إذا اقترنت بهذه الفروق العملية .

---

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٧ مايو سنة ١٨٩٩ المحاكم ١١ ص ٢١٥١ . [وانظر دى باج ج ١ بند ٥٤ ص ٦٤ حيث يقرر أن من المسلم به جواز الجمع بين طلب البطلان وطلب التعويض إذا كان البطلان وحده لا يكفى فى إزالة الضرر الذى لحق بالمتعاقد المخدوع ، وذلك تأسيساً على أن التدليس ليس فقط سبباً فى تعييب الرضا وإنما هو أيضاً خطأ تقصيرى من جانب المتعاقد الآخر . وهو يشير إلى أن ذلك قد يؤدى — فى القانون الفرنسى — إلى أن مدة التقادم قد تختلف فى دعوى الإبطال عنها فى دعوى التعويض] .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد يصح التساؤل عن جدوى إقامة نظرية مستقلة للتدليس ما دام أن أثره فى الإرادة يرد إلى ما يولد فى ذهن العاقد من غلط يدفع به إلى التعاقد ، بمعنى أن ما يشوب الرضا من عيب بسببه يرجع إلى الغلط لا إلى الحيلة . إلا أن لوجود التدليس مزيتين عمليتين : فإثباته أيسر من إثبات الغلط من ناحية ، وهو يخول حق مطالبة من صدر منه التدليس بالتعويض فضلا عن حق التمسك بالبطلان من ناحية أخرى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٢ — ص ١٧٣) .

§ ٣ — الإكراه(*)

La violence

١٨٧ — الرهبة هى التى تفسد الرضاء : الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد . والذى يفسد الرضاء ليست هى الوسائل المادية التى تستعمل فى الإكراه بل هى الرهبة التى تقع فى نفس المتعاقد[1] كما أن الذى يفسد الرضاء فى التدليس . ليست هى الطرق الاحتيالية ، بل ما تحدثه هذه الطرق فى نفس المتعاقد من التضليل والوهم .

١٨٨ — الإكراه الذى يفسد الرضاء والإكراه الذى يعدمه : والإكراه وإن كان يفسد الرضاء على النحو المتقدم ، إلا أنه لا يعدمه . فالمكره إرادته موجودة ، ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ، لأنه خير بين أن يريد أو أن يقع به المكروه الذى هدد به ، فاختار أهون الضررين وأراد ، إلا أن الإرادة التى صدرت منه هى إرادة فاسدة ، لأنها لم تكن حرة مختارة .

وإنما يعدم الإكراه الرضاء إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة ، كما إذا أمسك المكرِه بيد المكرَه وأجرى القلم فى يده بالتوقيع على التزام . ففى هذه الحالة يكون العقد باطلا

(*) بعض المراجع : ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ٤٥ وما بعدها — مقال ديموج فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩١٤ ص ٤٣٥ — ص ٤٨٠ — سيميونسكو (Simionesco) : رسالة فى الإكراه وآثاره فى التصرفات القانونية باريس ١٩١٤ — لالمان (Lallement) رسالة فى حالة الضرورة فى المسائل المدنية باريس سنة ١٩٢٢ — بالار (Pallard) الدفع بالضرورة فى القانون المدنى — رسالة من بواتييه سنة ١٩٤٨ — بريتون (Breton) رسالة فى الإكراه كعيب فى الرضا : كان سنة ١٩٢٥ — جوسران فى الباعث فى العمل القانونى الخاص فقرة ٧١ — [دى باج ج ١ ص ٦٥ بند ٥٨ وما بعده — بيدان ج ٨ ص ٨٣ بند ١٢١ وما بعده — ديموج ج ١ ص ٤٩٥ بند ٣٠٤ وما بعده — بولانجيه فى ريرتوار دالوز المدنى الحديث تحت كلمة violence] — والتون ١ ص ٢٨٨ — ٣٠٦ — نظرية العقد للمؤلف ص ٤١٨ — ٤٤٤ — حلمى بهجت بدوى ص ١٣٣ — ١٤٤ — أحمد حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ فقرة ١٧٨ ص ١٦٧ وما بعدها .

(١) [ولهذا يفضل بيدان فى هذا المقام تعبير contrainte بدلا من violence (وهو التعبير الوارد فى التقنين الفرنسى) لأن الذى يعيب الرضا ليس هو فعل الإكراه ذاته وإنما الخشية أو الرهبة الناجمة عنه (بيدان ج ٨ ص ٨٤ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى دى باج ج ١ بند ٥٨)] .

لانعدام الرضاء[١] .

١٨٩ — الإكراه هو أيضاً عمل غير مشروع : وينبغى أن ننظر إلى الإكراه — كما نظرنا إلى التدليس — من ناحيتين : الناحية التى يكون الإكراه فيها عيباً من عيوب الإرادة فيبطل العقد ، والناحية التى يكون الإكراه فيها عملا غير مشروع فتترتب عليه المسئولية عن التعويض[٢] . وسنرى فيما يلى هاتين الناحيتين فى الإكراه .

١٩٠ — النصوص القانونية : وكان التقنين القديم يشتمل على نص واحد فى الإكراه هو نص المادتين ١٣٥/١٩٥ ، وهو يقضى بأنه « لا يكون الإكراه موجباً لبطلان المشارطة إلا إذا كان شديداً ، بحيث يحصل منه تأثير لذوى التمييز مع مراعاة سن العاقد وحالته والذكورة والأنوثة » . وهذا النص يفضل نصوص القانون الفرنسى التى نقل عنها ، إذ تجنب الخوض فى كثير من التفصيلات التى عرضت لها هذه النصوص[٣] ، واقتصر على وضع معيار مرن . إلا أنه خلط ما بين معيار موضوعى هو معيار ذى التمييز (personne raisonnable) ومعيار ذاتى هو معيار العاقد بالذات . وقد نقل هذا الخلط عن القانون الفرنسى[٤] .

---

(١) [انظر فى التفرقة بين الإكراه الذى يعدم الرضا والذى يفسده فقط : بيدان ٨ بند ١٢٢ ودى باج ١ بند ٥٨ حيث يرى أن الجزاء فى الحالتين هو البطلان النسبى . غير أننا نلاحظ أن الإكراه الذى يعدم الرضا يبطل العقد بطلاناً مطلقاً إلا أنه لا يجوز للطرف الذى استفاد من الإكراه أن يتمسك بالبطلان لأن سببه راجع إليه . كما أن ذلك لا يتصور عملا . فلا يبقى إلا أن يأتى التمسك بالبطلان من جانب المكره وحده ، فيشتبه الأمر عندئذ بالبطلان النسبى .

وانظر بولانجيه فى المرجع السالف ذكره — بند ٥ — حيث يرى أن صورة الإكراه الذى يعدم الرضا يصعب تحققها عملا . وقارن بيدان بند ١٢٤ وبند ١٢١ (ص ٨٤ وهامش ٣) حيث يرى أنه إذا صح وجود وسائل تؤدى بغير استعمال القوة إلى التسلط على الأفراد بعد شل إرادتهم كالتنويم المغناطيسى فلا شك فى أن ذلك يوصف قانوناً بأنه اكراه يعدم الرضا .

هذا . والإكراه الذى يعدم الرضا أو يعيبه ليس قاصراً على العقود بل ينصرف أيضاً إلى التصرفات القانونية التى تتم بإرادة منفردة (دى باج جـ ١ بند ٥٨ وديموج جـ ١ بند ٣٣٠)] .

(٢) [انظر دى باج جـ ١ بند ٦٣ — وبولانجيه المرجع السابق بند ٣] .

(٣) نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٧ — ٤٤٤ .

(٤) خلط التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١١١٢ بين المعيار الموضوعى والمعيار الذاتى . وسبب ذلك أن بوتييه عند بحثه فى الإكراه ذكر أن القانون الرومانى كان يتخذ لجسامة الإكراه معيار « الرجل=

أما التقنين الجديد فقد تجنبت نصوصه هذا الخلط ، فاقتصرت على المعيار الذاتى وهو المعيار الصحيح ، وعرضت لعناصر الإكراه فى نصين ، هما المادتان ١٢٧ و ١٢٨ .

وتنص المادة ١٢٧ على ما يأتى :

« ١ — يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس » .

« ٢ — وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » .

« ٣ — ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه»[1] .

= الشجاع » ، وعقب على ذلك بأن قواعد الإكراه فى القانون الرومانى عادلة وهى تتفق مع القانون الطبيعى إلا هذا المعيار الشديد ، فإنه معيار جامد قاس ولا يصح اتباعه ، ولكن يجب النظر فى هذه المسألة إلى سن الشخص وجنسه وحالته . فأخذ واضعو القانون المدنى الفرنسى معيار القانون الرومانى الموضوعى بعد أن عدلوه ، فذكروا « الرجل المعتاد » بدلا من « الرجل الشجاع » ، ثم أضافوا إلى هذا المعيار الموضوعى معيار بوتييه الذاتى ، وفاتهم أن المعيارين متعارضان ، وأن بوتييه إنما أراد إبدال معيار القانون الرومانى الموضوعى بمعياره الذاتى ، أو هم توهموا أن نقد بوتييه لمعيار « الرجل الشجاع » من شأنه أن ينزل المعيار إلى « الرجل المعتاد » ، ولم يتنبهوا إلى أن بوتييه لم ير إبدال معيار موضوعى بمعيار موضوعى آخر ، بل قصد وضع معيار ذاتى محض (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٤ حاشية رقم ٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يكون العقد قابلا للبطلان إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، على أن تكون الرهبة قائمة على أساس . ٢ — وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان للطرف الذى يدعيها أن يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالا يهدده هو أو أحد اقاربه فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ٣ — وينظر فى تقدير الإكراه إلى جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية ومزاجه وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه . وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة « أحد أقاربه » بكلمة « أو غيره » ، ولوحظ فى ذلك أن عبارة «أحد أقاربه » أوسع مما ينبغى فى بعض الأحوال وأضيق مما ينبغى فى الحالات الأخرى . وقد يكون للشخص صديق أعز عليه من أقاربه ، وروعى أن الخطر الجسيم الذى يحدق بالغير فيبعث الرهبة فى النفس إلى حد التعاقد ، فيه تحديد كاف للغير الذى يعتبر الخطر المحدق به إكراها . وأبدلت كلمة « حالا » التى تصف الخطر الجسيم فى الفقرة الثانية بكلمة « محدقا » . وأعيدت صياغة المادة بما جعلها تطابق نص القانون الجديد مع استبقاء كلمة « ومزاجه » فيما يراعى فى تقدير الإكراه . وأصبح رقم المادة ١٣١ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب حذفت كلمة « النفس » اكتفاء بكلمة « الجسم » لأن الخطر الذى يهدد النفس يعتبر أنه يهدد =

وتنص المادة ١٢٨ على ما يأتى :

« إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم ، بهذا الإكراه »[1] .

١٩١ — عنصراله للاكراه : ويستخلص من هذه النصوص أن عناصر الإكراه ، كعناصر التدليس ، اثنان : ١ — استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم محدق ، وهذا هو العنصر الموضوعى . ٢ — رهبة فى النفس يبعثها الإكراه فتحمل على التعاقد ، وهذا هو العنصر النفسى .

= الجسم أيضاً . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حذفت كلمة « ومزاجه » الواردة فى الفقرة الثالثة لأن إيراد هذه الكلمة يفتح الباب لإشكالات كثيرة بسبب كثرة اختلاف الأمزجة ، وأعيدت كلمة « النفس » التى كان مجلس النواب قد حذفها لأن الآلام النفسية قد يصل تأثيرها على الشخص مبلغ الآلام الجسمانية كمن يخطف عزيز لديه فيقع تحت تأثير هذا الخطف . وأصبح رقم المادة ١٢٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٨ — ص١٨٤) — أنظر المادتين ٢٩ و ٣٠ من قانون الالتزامات السويسرى .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢٨ (مطابق) — الليبى م ١٢٧ (مطابق) — العراق م١١٢ — ١١٦ (موافق) — اللبنانى م ٢١٠ — ٢١١ (موافق) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا كان الطرف الآخر يعلم بوقوع الإكره ، أو كان فى استطاعته أن يعلم ذلك . ٢ — فإذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه ، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكره إلا أن يطالب المكره بالتعويض » . وفى لجنة المراجعة تقرر حذف الفقرة الثانية لأنها تقرر حكماً تكفى فيه قواعد المسئولية ، وأدخلت تعديلات لفظية على الصياغة بما جعل المادة تطابق تقريباً نص القانون الجديد ، وأصبح رقمها ١٣٢ فى المشروع النهائى ، ووافق مجلس النواب عليها . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ تقرر بعد مناقشة طويلة استبقاء المادة كما هى -- لأن الإكراه الصادر من الغير كالتدليس الصادر من الغير يجب أن يتصل به المتعاقد الآخر وتجب التسوية بين الإكراه والتدليس فى هذه المسألة — مع استبدال عبارة « أو كان من المفروض حتما أن يعلم » بعبارة « أو كان فى استطاعته أن يعلم » . وأصبح رقم المادة ١٢٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٨) . أنظر المادة ٢٩ من قانون الالتزامات السويسرى .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٢٩ (مطابق) — الليبى م ١٢٨ (مطابق) -- العراق : لا مقابل — اللبنانى م ٢١٠ (موافق) .

وهذان العنصران كافيان ، ولا يهم بعد ذلك ما إذا كان الإكراه صادراً من أحد المتعاقدين ، أو من الغير ، أو من ظروف خارجية تهيأت مصادفة .

ونتناول بالبيان كلا من العنصرين الموضوعي والنفسي ، وننتقل بعد ذلك إلى الجهة التي صدر منها الإكراه هل هي أحد المتعاقدين أو الغير أو مجرد المصادفة[1] .

١ — استعمال وسائل للاكراه تهدد بخطر جسيم محدق

١٩٢ — *تحليل هذا العنصر* : لا بد من استعمال وسائل للاكراه تقع على الحس أو على النفس . فتهدد المتعاقد المكره . أو شخصاً عزيزاً عنده ، بخطر جسيم محدق بالنفس أو بالمال . ووسائل الإكراه تكون في العادة غير مشروعة يقصد بها الوصول إلى غرض غير مشروع . وقد تستعمل وسائل مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع فيتحقق الإكراه : من ذلك أن يستغل صاحب الحق المطالبة بحقه لابتزاز فائدة غير مشروعة من المدين ، ومن ذلك أيضاً أن يستغل صاحب الشوكة والنفوذ الأدبي شوكته ونفوذه ليحقق غرضاً غير مشروع .

---

(١) والذي يطلب من المتعاقدين إبطال العقد للاكراه هو الذي يحمل عبء إثبات هذا الإكراه بعنصريه (محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٥ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٣٧ — وفي ٢٣ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . ويثبت ذلك بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن لأنه يثبت واقعة مادية .

ووقوع الإكراه مسألة واقعية لقاضي الموضوع فيها الرأي النهائي . ولكن الوصف القانوني لوقائع الإكراه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، كالبت فيما إذا كان يكفي أن يصدر الإكراه من الغير ، وفيما إذا كان مجرد استعمال النفوذ الأدبي يعد إكراهاً ، وفيما إذا كانت الوسائل المشروعة تعد إكراهاً في بعض الظروف (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٠ حاشية رقم ٢) . وانظر محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ ومجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠ ، وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وبما أن تقدير درجة الإكراه وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر على الشخص الواقع عليه متروك لقاضي الموضوع بلا سلطان عليه من محكمة النقض ، أما كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت في الحكم فما يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانوني لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ في تطبيق القانون » . وانظر أيضاً محكمة النقض (الدائرة المدنية) في ٧ نوفبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر رقم ٢٩٧ ص ٩٢٣ .

فنتكلم إذن فيما يأتى : (١) الإكراه الحسى والإكراه النفسى (٢) الخطر الجسيم المحدق بالنفس أو بالمال إذا هدد المتعاقد نفسه (٣) هذا الخطر إذا هدد غير المتعاقد (٤) المطالبة بحق كوسيلة للاكراه (٥) الشوكة والنفوذ الأدبى .

١٩٣ — الإكراه الحسى والإكراه النفسى : وسائل الإكراه إما أن تقع على الجسم كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة ، وهذا ما يسمى بالإكراه الحسى (violence physique) لأنه يقع على الحس ، وهو نادر لا سيما فى الأوساط المتحضرة . وإما أن تكون الوسيلة تهديداً بإلحاق الأذى دون إيقاعه بالفعل أو إحداثاً لألم نفسى ، وهذا ما يسمى بالإكراه النفسى (violence morale) لأنه يوقع فى النفس رهبة أو ألماً ، وهذا هو الإكراه الأكثر وقوعاً فى الحياة العملية . وليس هناك فرق بين الإكراه الحسى والإكراه النفسى ، فكل وسيلة من وسائل الإكراه ، سواء وقعت على الجسم أو على النفس ، تفسد الرضاء وتجعل العقد قابلاً للابطال[١] .

١٩٤ — خطر جسيم محدق بالنفس أو بالمال يهدد المتعاقد نفسه :

ولكن لما كان الإكراه النفسى هو الأكثر وقوعاً كما قدمنا ، فإن كلامنا ينصرف فى الغالب إليه . وهو الذى يوقع فى نفس المتعاقد المكره أن خطراً جسيماً يحدق بنفسه أو بماله ، فتكون الرهبة التى تعاقد تحت سلطانها قائمة على أساس .

وهذا ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ إذ تنص على ما يأتى : « وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيما محدقاً

---

(١) [انظر دى باج جـ ١ بند ٥٩ حيث يذكر أن الرهبة الناشئة عن الاكراه هى حالة نفسية ولكن الوسائل التى تولدها قد تكون حسية أو نفسية . كما يقرر أن وسائل الإكراه قد تكون إيجابية أو سلبية . وانظر ديموج جـ ١ بند ٣٠٦ حيث يقيس الإكراه السلبى على حالة الجرائم الايجابية التى تقع بطريق الترك أو الامتناع . ومن أمثلة ذلك التهديد بالهجر أو بترك العمل فى ظرف دقيق أو بالامتناع عن رعاية طفل أو مريض] .

يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال»[1] .

فالخطر يجب أن يكون جسيما[2] ، والعبرة فى جسامة الخطر بحالة المكره النفسية . فلو كانت وسائل الإكراه التى استعملت غير جدية ، ولكنها مع ذلك أوقعت الرهبة فى نفس المكره وصورت له أن خطراً جسيما يهدده ، فإن هذا يكفى لإفساد الرضاء[3] . وذلك كما إذا هدد شخص آخر بعمل من أعمال الشعوذة ، كأن يلحق الأذى بمواشيه من طريق السحر « والتعزيم » ، أو هدده بأن له قدرة على « الربط والحل » ، أو نحو ذلك مما يقع كثيراً فى الأوساط القروية الساذجة .

والخطر يجب أن يكون محدقاً (imminent) أى وشيك الوقوع . فلو كان التهديد بخطر يتراخى وقوعه إلى أجل يتمكن معه المتعاقد من اتخاذ الحيطة لنفسه . فإن التهديد ليس من شأنه عادة أن يوقع فى النفس الرهبة التى تفسد الرضاء . على أن الأمر منوط بحالة المتعاقد النفسية ، فقد تنبعث فى نفسه رهبة من التهديد بخطر بعيد الأجل ، فيكفى هذا لإفساد

---

(١) وكان هذا هو الحكم فى عهد التقنين القديم : استئناف مختلط فى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٧ [وانظر نقض مدنى ٨ فبراير ١٩٥١ — مجموعة أحكام النقض السنة الثانية رقم ٥٩ ص ٣٠٥ : الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بالتهديد المفزع فى النفس أو المال باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل للمكره باحتمالها أو التخلص منها ويكون من نتائج ذلك خوف شديد يحمل المكره على الإقرار بقبول مالم يكن ليقبله اختياراً] .

(٢) [يرى بولانجيه (المرجع السابق بند ٩) أنه لا فائدة من اشتراط الجسامة فى الخطر ما دامت العبرة فى النهاية بكون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد . ويقرر بيدان (جـ ٨ بند ١٣٢ ص ٩٢ — ٩٣) أن الغرض من اشتراط جسامة الخطر هو التحقق من تأثر الإرادة به ، ويخلص من ذلك إلى أن تقدير هذه الجسامة يعتبر مسألة واقع متروكة للقضاء وهى تختلف بحسب الظروف (وانظر أيضاً فى هذا المعنى الأخير : دى باج جـ ١ ص ٦٧) .

(٣) [وفى مثل هذه الأحوال قد يقترن الإكراه بالتدليس ، عند استخدام وسائل تلقى فى روع الشخص الرعب من أذى وهمى (بولانجيه فى المرجع السابق بند ١٤ وحكم النقض الفرنسى الذى أشار إليه — الصادر فى ١٨٦٥/٨/١٧ — سيرى ١٨٦٥ — ١ — ٣٩٩) . وانظر فى اقتران الإكراه بالتدليس : دى باج جـ ١ ص ٦٨ وهامش ٤ — ونظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٦ هامش ٥ — وقارن دى فى بند ٦٠ ص ٦٧ حيث يقرر أنه لاأثر للتهديد بأمر لايتصور عقلا تحققه ، ولايعتبر ذلك إكراهاً . ويبدو أنه متأثر فى ذلك بالمعيار الموضوعى الذى أخذ به التقنينان الفرنسى والبلجيكى] .

الرضاء . فالعبرة إذن بوقوع الرهبة حالاً فى نفس المتعاقد . لا بأن الخطر حال أو محدق[1] .

والخطر إما أن يصيب المتعاقد فى جسمه أو نفسه ، كخطر يقع على حياته أو على سلامة أعضائه أو ألم نفسى ينزل به . وإما أن يقع على شرفه واعتباره بين الناس[2] أو على الثقة فيه لا سيما إذا كانت مهنته تقتضى التوفر على هذه الثقة كما فى التجارة . وإما أن يقع على ماله ، كما إذا هدد فى مزروعاته بالإتلاف أو فى داره بالحريق . فالخطر الذى يقع على أى شىء يحرص المتعاقد على سلامته يكفى لتحقق الإكراه .

---

(١) وكانت النظرية التقليدية للاكراه تشترط أن يكون الخطر حالا ، وهذا ما نصت عليه المادة ١١١٢ من التقنين المدنى الفرنسى فهى تذكر « الخوف من تعريض النفس أو المال لخطر جسيم حال (présent) » . وقد جاء فى بوتييه : « يجب أن يكون هذا الخطر حالا ، أى أن يكون الشخص مهدداً بالوقوع فيه فى الحال إذا لم يفعل ما طلب منه » (التزامات فقرة ٢٥) . على أن النظرية التقليدية قد عدلت من موقفها فى هذا الشأن وتحور النص ، فأصبح الحال ليس هو الخطر ذاته ، بل الخوف من الخطر . (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٠) .

[وانظر فى هذا المعنى : دى باج جـ ١ بند ٦٠ ص ٦٧ حيث يقرر أن الخطر يكون دائماً وبالضرورة أمراً مستقبلا أما الأمر الحال فهو الخشية — وبيدان جـ ٨ بند ١٣٢ ص١٩٢ حيث يرى أن وصف الخطر بأنه حال يجب أن يفهم على معنى الأثر الناشىء عنه ، أى انه يجب أن يوحى بخوف حال — وبولانجيه : المرجع السابق بند ٩ حيث يقرر أن وصف الخطر بأنه حال هو وصف غير دقيق] .

وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يشترط هو أيضاً أن يكون الخطر حالا ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من هذا المشروع تنص ، كما رأينا ، على ما يأتى : « وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا كان الطرف الذى يدعيها يعتقد ، تبعاً للظروف ، أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » . ولكن جاء فى المذكرة الايضاحية لهذا المشروع ما يأتى : « وتعتبر الرهبة قائمة على أساس إذا اعتقد من وقع تحت سلطانها أن خطراً جسيماً أصبح وشيك الحلول » . وقد عدل فى المشروع النهائى عن شرط حلول الخطر ، واستبدل به شرط أن يكون الخطر محدقاً ، وهذا أصح وأكثر تمشياً مع المذكرة الإيضاحية ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٩ — ص ١٨٢) .

وقد تجنبت التقنينات الحديثة أن تصف الخطر بكونه « حالا » ، فلا تجد هذا الوصف فى التقنين الألمانى ولا فى التقنين السويسرى ولا فى التقنين البولونى .

[هذا . ولا يلزم أن يكون الخطر حتمى الوقوع بل يكفى أن يكون محتملا (دى باج ص ٦٧ هامش ٢)] .

(٢) [وفى هذه الحالة يتخذ الاكراه صورة التشهير chantage أى التهديد باساءة السمعة ابتغاء ابتزاز المال أو انتزاع الرضا بالتزام ما (أنظر بولانجيه المرجع السابق بند ٧)] .

١٩٥ — الخطر يهدد الغير : وليس من الضرورى أن يهدد الخطر المتعاقد المكره نفسه ، فقد يهدد شخصاً غيره عزيزاً عليه فيعتبر الإكراه متحققاً بذلك[١] . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ التى تقدم ذكرها ، فهى تجيز أن يهدد الخطر الجسيم المحدق المتعاقد المكره نفسه « أو غيره » . وكان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يشترط أن يكون الغير هو أحد أقارب المتعاقد[٢] ، ولكن رؤى بحق فى المشروع النهائى العدول عن هذا الشرط . فليس صحيحاً أن الأقارب هم كل الناس الذين ينزلهم الشخص منزلة نفسه ، فهناك الزوج والزوجة ، والخطيب والخطيبة ، بل والأصدقاء ، قد يكون فيهم

---

(١) [فالعبرة إذن هى بكون هذا التهديد قد أثر فى نفس المتعاقد ذاته ، ولو كان الخطر مما يحيق بغيره (بيدان ٨ بند ١٢٨)] .

(٢) أنظر الفقرة الثانية من المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى ، وقد أوردناها فى الحاشية السابقة . ويعتبر المشروع التمهيدى على ما فيه من عيب فى تحديد طائفة الأقارب ، أكثر مرونة من التقنين المدنى الفرنسى ، فان هذا التقنين فى المادة ١١١٣ حدد فريقاً معيناً من الأقارب هم الأصول والفروع وأضاف الزوج والزوجة . وقد انقسمت الفقهاء فى تفسير المادة ١١١٣ إلى فريقين : فريق يرى أن الأشخاص المذكورين فى النص وردوا على سبيل الحصر ، فإذا هدد الخطر واحداً منهم كانت هناك قرينة قانونية على أن الخطر قد أثر فى نفس المتعاقد ، وإذا هدد أحداً غيرهم لم تقم هذه القرينة القانونية ولكن للمتعاقد أن يثبت أن الخطر الذى هدد هذا الغير قد أثر فى نفسه إلى حد الإكراه . وينكر الفريق الآخر أن الخطر الذى يهدد أحداً من غير المذكورين فى المادة ١١١٣ من شأنه أن يؤثر فى نفس المتعاقد إلى حد إفساد رضائه (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣١ — ص ٤٣٢) .

[وانظر بيدان ٨ بند ١٢٨ حيث يرى أن الأشخاص الذين ورد بيانهم فى المادة ١١١٣ لم يذكروا على سبيل الحصر . وغاية الأمر أن ثمة قرينة قانونية على تأثر المتعاقد بالتهديد إذا وقع على واحد منهم . وبنفس المعنى دى باج ١ بند ٦١ وقد وردت بهذا المعنى المادة ١٩ من مشروع تقنين الالتزامات الموحد (الفرنسى — الإيطالى)] .

أما ما ورد فى المشروع التمهيدى فهو لا يحدد صنفاً معيناً من الأقارب كما قدمنا ، بل ينتظمهم جميعاً . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد ما يأتى : « ولا يشترط أن يتهدد الخطر المتعاقد ذاته ، بل يجوز أن يتهدد أحد أقاربه . وقد ترك للقاضى أمر تقدير درجات القرابة أو الصلة فى كل حالة بخصوصها ، لأن بيان هذه الدرجات فى النصوص على سبيل الحصر على نحو ما هو متبع فى التقنين الفرنسى (م ١١١٣) وسائر التقنينات اللاتينية (أنظر كذلك المادة ١٩ من المشروع الفرنسى الإيطالى) قد يكون أحياناً ضيق الحدود لا يتسع لصور جديرة بالرعاية ، وقد يكون أحياناً من السعة بحيث يجاوز الغرض المقصود » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٠) .

أما التقنين الجديد فقد جاء أكثر إطلاقاً من المشروع التمهيدى ولم يقيد الغير حتى بأن يكون قريباً .

من يعزهم الشخص إعزازاً يجعله يتأثر مما يتعرضون له من الخطر إلى حد أن تفسد إرادته تحت تأثير الخوف الذى يقع فى نفسه من جراء ذلك . وليس صحيحاً كذلك أن كل الأقارب ينزلهم الشخص منزلة نفسه ، ويتأثر من الخطر الذى يهددهم تأثراً يفسد رضاه . والأولى أن يترك تقدير ذلك للظروف ، فلا يذكر فريق معين من الناس على زعم أنهم هم الأعزاء دون غيرهم . وإنما ينظر القاضى فى كل حالة إلى ظروفها الخاصة ، ويقدر علاقة المتعاقد بمن يهدده الخطر ، هل هى علاقة وصلت إلى الحد الذى يجعل المتعاقد يتأثر من هذا الخطر بحيث تفسد إرادته ، فيبطل العقد ، لا فرق فى ذلك بين قريب وزوج وخطيب وصديق[(١)] .

١٩٦ — المطالبة بحق كوسيلة للإكراه : والإكراه يتحقق عادة باستعمال وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع . فتهديد شخص بقتله أو بإحراق منزله إذا لم يمض التزاماً ، أو بقتل ولد له اختطفه المكره إذا لم يمض تعهداً بدفع الفدية ، أو بالتشهير به إذا لم يتعهد بدفع قدر من المال ، كل هذه وسائل غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع[(٢)] .

أما إذا كانت الوسائل مشروعة فى ذاتها ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع . بأن يضغط شخص على إرادة شخص آخر من طريق المطالبة بحق له عليه ، ولا يقصد بهذا

---

(١) وقد هجرت التقنينات الحديثة هذا المذهب العتيق فى تعداد طائفة معينة من الأشخاص ، فلم يذكر التقنين الألمانى شيئاً من ذلك ، وذكر تقنين الالتزامات السويسرى « الخطر الجسيم الداهم الذى يهدد الشخص نفسه أو أحداً من ذويه » (م ٣٠) .

هذا ويقع على المتعاقد العبء فى إثبات أن الخطر الذى يهدد الغير قد أثر فى نفسه إلى حد إفساد رضائه . وقد يكون الغير الذى وقع عليه الإكراه هو نفس الشخص الذى صدر منه الإكراه ، كأن يهدد شخص آخر بأن ينتحر إذا لم يمض هذا الأخير عقداً ، ويكون المهدد بالانتحار عزيزاً عند المهدد (نظرية العقد للمؤلف ص ٤١٦ حاشية رقم ٥) .

(٢) [يرى بولانجيه (المرجع السابق بند ١٤) أن اشتراط عدم المشروعية فى الوسائل المستعملة فى الإكراه هو أثر من آثار الفكرة التقليدية التى انحدرت الينا من القانون الرومانى والتى ترى فى الإكراه عملا غير مشروع . ومن ثم نرى أن منطق الرضائية يقتضى الاعتداد بالإكراه ما دامت الإرادة قد تأثرت به تأثراً يعيبها ، سواء أكانت الوسائل التى استعملت مشروعة أم غير مشروعة . أى أن العبرة هى بالغاية من الإكراه لا بوسيلته] .

الضغط إلا الوصول إلى حقه ، فلا يبطل العقد للاكراه ، كالدائن يهدد المدين بالتنفيذ على ماله إذا لم يعطه تأميناً على عين بالذات ، فيعطيه المدين رهناً ، فلا يبطل عقد الرهن فى هذه الحالة ، لأن الوسائل التى استعملت للضغط على إرادة المدين وسائل مشروعة ولا يقصد بها الدائن إلا الوصول إلى حقه وهو غرض مشروع(1). كذلك إذا هدد شخص آخر بتقديمه بلاغاً إلى النيابة العامة يتهمه فيه بالتبديد إذا لم يكتب له سنداً بما أودعه عنده من مال ، فهذا الإقرار الصادر منه لا يبطل للاكراه ، لأن الوسائل التى استعملت مشروعة ويراد بها الوصول إلى غرض مشروع هو إثبات حق موجود . وكذلك إذا هددت الزوجة زوجها بأن تحبسه فى نفقتها إن لم يستدن ويعطها ما تنفقه . فلا يبطل عقد القرض للاكراه . هذا ونص القانون الجديد صريح فى أن الإكراه لا يتحقق إلا إذا كانت الرهبة قد بُعثت « دون حق » فى نفس المتعاقد المكره(2).

---

(1) [انظر حكم استئناف القاهرة فى ٢٨ فبراير ١٩٦١ — المجموعة الرسمية السنة ٦٠ رقم ٦ ص ٤٢ — حيث قضى بأنه يشترط فى الإكراه المبطل للعقود أن تكون الوسائل المستعملة غير مشروعة وبقصد الوصول إلى أغراض غير مشروعة . ومن ثم فالضغط من شخص على آخر عن طريق المطالبة بحق له عليه وبحيث لا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه — لا يبطل العقد للاكراه] .

(2) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اضطر الأب إلى ضمان دين على ابنه خوفاً من المقاضاة فلا يبطل هذا الضمان للاكراه (٣ يونيه سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥١) . وقضت كذلك بأن إجبار الدائنين لشركة على أن تعطيهم ضماناً لديونهم فى نظير أن يؤجلوا هذه الديون لا يكون إكراهاً ما دام الدائنون لم يسيئوا استعمال حقهم (٢٤ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٧٩) . وقضت أيضاً بأن التهديد بالالتجاء إلى طرق مشروعة كمباشرة الإجراءات الجنائية لا يعد إكراهاً ما دام هذا التهديد لم يتحول إلى استغلال غير مشروع (٢٩ يناير سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٢٣ ص ٨٨) ، وبأن تهديد الوارث بالطعن فى وصية حتى يحصل بذلك على التنازل له عن جزء من الميراث لا يكون إكراهاً ما دام الوارث ليس بسيء النية (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٦٤ ص ٦٠) ، وبأن تهديد الدائن بأن يعلن إفلاس مدينه إذا لم يقر المدين بما عليه من الدين لا يكون إكراهاً (١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨) ، وبأن تهديد شخص لآخر رسا عليه المزاد بأن يزيد عليه العشر حتى يجبره بذلك على أن يبيع له شيئاً معيناً مما رسا فيه المزاد لا يعد إكراهاً لا سيما إذا كان الثمن الذى دفع فى هذا الشيء أكبر من الثمن الذى رسا به المزاد (٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) ، وبأن المجنى عليه فى جريمة تبديد إذا استعمل حقه ضد المبدد للحصول على ماله دون زيادة لا يعتبر هذا منه إكراهاً (٢٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٤) — وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية : وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن المادة ١٣٥ مدنى (قديم وتقابل م ١٢٧ جديد) وإن لم تنص على اشتراط عدم مشروعية =

على أنه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع ، واستغل الدائن قيام حقه فى المطالبة فضغط على إرادة مدينه ، لا للوصول إلى حقه فحسب ، بل ليبتز من المدين ما يزيد على حقه ، فإن الإكراه يتحقق ويبطل العقد . فمن فاجأ شخصاً متلبساً

= العمل الذى يقع به الإكراه المبطل للمشارطات إلا أن ذلك مفهوم بداهة ، إذ الأعمال المشروعة قانوناً لا يمكن أن يرتب عليها الشارع بطلان ما ينتج عنها . وكون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة متى تعينت فى الحكم يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأنه وصف قانونى لواقعة معينة يترتب على الخطأ فيها الخطأ فى تطبيق القانون . فإذا صدر حكم على مستأجر بإخلاء العين المستأجرة ، وترتب على الشروع فى تنفيذ هذا الحكم أن استأجر المستأجر تلك العين ، فلا يصح القول بأن عقد الإجارة قد شابه من تنفيذ الحكم إكراه مبطل له بل يكون هذا العقد صحيحاً منتجاً لكل آثاره (٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

هذا وقد يبقى الغرض مشروعاً ولكن تستعمل للوصول إليه وسائل إكراه غير مشروعة ، كما إذا هددت امرأة رجلا عاشرته مدة من الزمن بالتشهير به عند خطيبته إذا لم يعض التزاماً يعوضها ما يصيبها من الضرر بسبب تركه إياها . ى مثل هذا الفرض يمكن القول بأنه رغماً من عدم مشروعية الوسائل التى التجأت اليها المرأة ، إلا أن الغرض الذى أرادت الوصول إليه هو غرض مشروع ، فالعقد لا يبطل فى هذه الحالة للاكراه . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يجوز استعمال الإكراه للوصول إلى حق أو لتأدية واجب أو للحصول على مصلحة مشروعة (١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ١٢١) . كذلك يجوز أن يحصل شخص بطريق التهديد على سند لحق له أو على ضمان لهذا الحق أو على الإقرار بالتزام طبيعى وتحويله إلى التزام مدنى ، ما دام الغرض الذى يراد الوصول إليه مشروعاً (ديموج ١ فقرة ٣١٧) ، وما دام أن الشخص الذى استعمل التهديد لا يحصل على أكثر من حقه (ديموج ١ فقرة ٢٩٨) . وقاعدة كهذه ليست فى الواقع إلا تطبيقاً للمبدأ الذى يقضى بأن الغاية تبرر الواسطة ، وهى تبيح فى الوقت ذاته للشخص أن يستقضى حقه بنفسه ما دام لا يتعسف فى ذلك وما دام لا يرتكب عملا إجرامياً يعاقب عليه القانون الجنائى (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٦ ص ٢٦٣ — ديموج ١ فقرة ٤١٨) . ومن هنا نرى وجوب الاحتياط فى استعمال هذا الحق ، فإن القصد والاعتدال فيه صعب بقدر ما هو واجب (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٩) .

وبعد فنحن إذا نظرنا إلى الإكراه باعتباره عيباً من عيوب الرضاء رأينا أنه يفسد الإرادة ، سواء كانت وسائله مشروعة أو غير مشروعة ، وسواء كان الغرض الذى يراد الوصول إليه مشروعاً أو غير مشروع . فالإكراه فى جميع هذه الحالات يضغط على الإرادة ويفسدها . لذلك يكون من الحق أن نقول إن العقد فى الصورتين اللتين نحن بصددهما — الصورة التى تكون فيها وسائل الإكراه مشروعة للوصول الى غرض مشروع والصورة التى تكون فيها وسائل الإكراه غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع — يجوز ، من ناحية منطق الإرادة ، إبطاله للاكراه . إلا أنه لما كان الغرض مشروعاً فى كل من الصورتين ، فإن المتعاقد المكره إذا استعمل حقه فى إبطال العقد يكون قد نقض الغرض المشروع الذى أريد من العقد تحقيقه ، ويعتبر هذا منه تعسفاً فى استعمال حق الإبطال . والتعسف فى استعمال الحق يستوجب التعويض ، وخير تعويض ما كان عيناً ، فيمنع المتعاقد المكره من طلب إبطال العقد . ويتبين من هذا التحليل أن العقد =

بجريمة ، فاستغل هذا الظرف واضطره إلى كتابة سند بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه ، جاز إبطال العقد للإكراه . أما إذا استكتبه سنداً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة ، فإن الغرض هنا مشروع والعقد صحيح . وإذا هدد دائن مدينه بأن يعلن إفلاسه وابتغى من وراء ذلك الحصول على مال أكثر من حقه ، كان هذا إكراهاً ، أما إذا حصل على حقه فإن الغرض يكون مشروعاً ولا يكون هناك إكراه[1] .

= يبقى فى الصورتين المشار إليهما لا على أساس من الإرادة الحقيقية بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة . وقد سبقت الإشارة إلى حالات أخرى مماثلة . أما إذا كان الغرض غير مشروع ، سواء كانت وسائل الإكراه مشروعة أو غير مشروعة ، فالإكراه متحقق ، والعقد يجوز إبطاله لعيب فى الإرادة ، وإذا استعمل المتعاقد المكره حقه فى إبطال العقد ، فلا يصح القول هنا — والغرض الذى يقصد تحقيقه من العقد غير مشروع — أنه متعسف فى استعمال هذا الحق .

(١) أنظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ — وفى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٦ — وقارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨ . كذلك إذا هدد رب العمل مستخدمه أن يبلغ عنه لاختلاسات ارتكبها أو يمضى له تعهداً بألا يعمل فى متجر مماثل لمدة معينة كان هذا التعهد باطلا للإكراه ، لأنه لا علاقة بين ما ارتكبه المستخدم من الاختلاسات وما تعهد به لرب العمل (محكمة باريس الاستئنافية فى ٣١ يناير سنة ١٨٩٦ جازيت دى باليه ٩٦ — ١ — ٣٩٨) . ويعد إكراهاً كذلك تهديد الزوج زوجته برفع دعوى الزنا عليها إذا لم تنزل له عن مال لها عنده (محكمة النقض الفرنسية فى ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ جازيت دى باليه ١٩٠٣ — ١ — ٧٢٨) . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية فى قضية أخرى هذا المبدأ على الوجه الآتى : « إذا استعمل أحد الطرفين وسائل قانونية ضد الآخر ، فلا يعد هذا فى ذاته إكراهاً بالمعنى الذى يقصده القانون ، ولا يمكن أن يكون سبباً فى إبطال العقد الذى ينجم عن ذلك . ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة إذ يجب البحث فيما إذا كان الدائن لم يفعل فى الواقع إلا أنه استعمل حقه كما ينبغى أو انه أساء استعمال هذا الحق . وللقاضى حسب الأحوال أن يرى فى الوسائل التى استعملت لانتزاع التزامات باهظة من المدين إكراهاً غير مشروع من شأنه أن يفسد الرضا » (١٠ نوفبر سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٩ — ١ — ٧٦) .

وقد اشتملت بعض التقنينات الحديثة على نصوص تقرر هذا المبدأ كتقنين الالتزامات السويسرى (م ٢٧ فقرة ٢) والتقنينين التونسى والمراكشى (م ٥٢/٤٨) والتقنين اللبنانى (م ٢١٢) والتقنين البرازيلى (م ١٠٠) . واشتمل المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد على نص فى هذا المعنى ، فقضت الفقرة الأولى من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر إكراهاً الخوف من المطالبة بحق ما لم يستغل الضيق الذى وقع فيه الطرف المهدد فيبتز منه ما يزيد كثيراً على ما فى ذمته من حق » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد ما يأتى : « وما دام الغرض مشروعاً فلا يعتبر الإكراه قد وقع بغير حق . أما إذا كان الغرض من الإكراه غير مشروع ، كما إذا استغل المكره ضيق المكره ليبتز منه ما يزيد كثيراً على ما فى ذمته من حق ، فيكون الإكراه على نقيض ما تقدم واقعاً بغير حق : ولو أن حق الدائن فى هذا الفرض قد اتخذ =

١٩٧ — الشوكة والنفوذ الأدبى[1] : ومجرد الشوكة والنفوذ الأدبى الذى قد يكون لشخص على آخر ، سـواء ارتبطا بصلة النسب كما بين الأب وولده ، أو اتصلا برابطة الزوجية أو المصاهرة ، أو لم يتصلا بشىء من ذلك كما بين الوصى والقاصر إذا لم يكونا من ذوى القربى وبين الأسـتاذ والطالب وبين ذى النفوذ الدينى والمتدين وبين الرئيس والمرؤوس . لا يكفى عادة ليـكون وسيلة للاكراه[2] . ذلك أن استعمال النفوذ الأدبى

= وسيلة لبلوغ الغرض المقصود » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص فى المشروع النهائى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ فى الهامش) .

[وانظر المادة (٣٠) من تقنين الالتزامات السويسرى وهى تتضمن فى فقرتها الثانية حكماً يطابقه الحكم الوارد فى المادة ١٧٨ فقرة أولى من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى] .

[وانظر دى باج جـ ١ بند ٦٠ ص ٦٨ حيث يرى إن استعمال الحق لا يعتبر إكراهاً إلا إذا انطوى على التعسف أو كان الدائن قد هدد باتخاذ إجراءات لا حق له فيها . (ويرى دى باج أن مشروعية الغرض لا تبرر استخدام العنف (بند ٥٩) إلا أن الجزاء على ذلك فيما نرى ليس هو البطلان بل التعويض عن العنف إذا نتج عنه ضرر) . — وانظر ديموج بند ٣٠٨ حيث يرى أن العبرة بالغرض فلا يتحقق الإكراه إذا كان غرض الدائن هو الحصول على حقه أما إذا ابتغى ما وراء ذلك فإنه يكون معتدياً وتتوفر عندئذ حالة الإكراه . — وانظر بيدان ٨ بند ٢٣١ ص ٩١ وهامش (١) حيث يرى أن استعمال الوسائل المشروعة لا يعد إكراهاً إلا إذا انتهى إلى حصول الدائن على ما ليس له حق فيه . ويلاحظ أنه يمكن رد ذلك إلى انعدام السبب فيما حصل عليه الدائن زائداً عن حقه — (قرب : بيدان ٨ بند ٢٠٧ وهامش ٢ فى صحيفة ٨٨)] .

(١) [دى باج جـ ١ بند ٦٠ ص ٦٨ — ٦٩ وديموج جـ ١ بند ٣١٢ وبيدان جـ ٨ بند ١٣٠ — ويرى الفقه الفرنسى والبلجيكى أن استبعاد الإكراه فى حالة النفوذ الأدبى إنما يرجع إلى أن وسيلة الإكراه عندئذ تكون مشروعة فى حين أن من شروط الإكراه أن تكون وسائله غير مشروعة وهى لا تكون كذلك فى حالة النفوذ الأدبى إلا إذا خرج الأمر عن حد الطاعة المعروفة أو الاحترام المألوف (أنظر المراجع السابقة) على أننا قد رأينا أنه لا عبرة بالوسيلة المستعملة فى الإكراه ، فيستوى أن تكون مشروعة أو غير مشروعة ، ولـكن الغرض غير المشروع هو المناط فى إبطال العقد للاكراه ، متى ثبت أن الإرادة قد عيبت نتيجة الضغط عليها ، وهو ما ينبغى أن يكون محل الاعتبار حتى فى حالة النفوذ الأدبى] .

(٢) [والخضوع الاقتصادى كالخضوع الأدبى لا يعتبر فى حد ذاته إكراهاً ، كما هو الشأن فى علاقة العامل برب العمل ، وإنما يتحقق الإكراه إذا ما هدد أحد الطرفين الآخر ، غير مستند فى ذلك إلى حق ، ابتغاء تعديل العقد بما ينتقص من حقوق الطرف الذى وقع عليه الإكراه أو بما يحقق لمن استعمل وسائل الإكراه مزايا جديدة . وكما يقع التهديد من رب العمـل فإنه قد يأتى من جانب العامل كما فى حالة التهديد بترك العمل فى وقت يكون رب العمل محتاجاً فيه إلى العامل . ولئن كان إضراب العمال لفرض شروط للعمل =

والشوكة أمر مشروع ما دام القصد من ذلك الوصول إلى غرض مشروع[1] .

أما إذا قصد الوصول إلى غرض غير مشروع ، فلا يوجد فى هـذه الحالة ما يمنع من الطعن فى العقد بالإكراه[2] . ولا شك فى أن موقف الزوجة من زوجها والزوج ذو شوكة

= معتبراً فى فرنسا من صور الصراع الطبقى المشروعة ، إلا أنه قد يعتبر إكراهاً إذا ما لابسته ظروف تلقى فى روع رب العمل الرهبة من خطر جسيم محدق وتدفعه إلى التعاقد . (يراجع فى ذلك دى باج بند ٦٠ ص ٦٨ وهوامشها — والدكتور اسماعيل غانم فى قانون العمـل طبعة ١٩٦١ بند ١٠٦ ص ٢٢٧ — والدكتور جمال زكى : عقد العمل طبعة ١٩٥٦ ص ١٩٨ بند ٨٤) .

وانظر فى الإكراه الملجىء لإبرام عقد العمـل : الفقرة الخاصة بحالة الضرورة : فقرة ٢٠١ من هذا الـكتاب هامش ٢ فى ص ٣٨٢] .

(١) وكما أن النفوذ الأدبى إذا قصد به الوصول إلى غرض مشروع لا يعد إكراهاً ، كذلك العطف والحنو لا يعتبر وسيلة من وسائل الإكراه . والنفوذ الأدبى سلطة للأب على ولده ، أما العطف والحنو فعاطفة من الأب نحو ولده ، فإذا وجد الولد نفسه مضطراً بحكم النفوذ الأدبى ، أو وجد الأب نفسه مدفوعاً بحكم العطف الأبوى ، إلى إمضاء عقد لا يبهظ الملتزم ، فإن هـذا العقد لا يكون مشوباً بعيب الإكراه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن كون أحد الأبناء أثر فى والده المقيم معه ليتصرف له تصرفاً فى منفعته بشىء من ماله لا يعد فى حد ذاته سبباً لإبطال العقد (٢١ مارس سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣١٠ أنظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٣ مارس ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٠٢) . وتقضى المحاكم الوطنية فى كثير من القضايا بصحة العقود التى تصدر من الآباء لأولادهم يميزونهم بها عن بقية الورثة بدافع من العطف والحنو .

هذا وسنرى أن بعض هذه العقود قد تقوم على استغلال هوى جامح تثيره زوجة جديدة فى نفس زوجها فيؤثرها هى وأولادها على زوجته الأولى وأولاده منها ، وفى هـذه الحالة تطبق قواعد الاستغلال وقواعد الاستهواء والتسلط على الإرادة التى سيأتى بيانها . والفرق بين الشوكة والنفوذ الأدبى من جهة والاستهواء والتسلط على الإرادة من جهة أخرى أن الأولى يفرض فيها أن شخصاً مقامه كبير فى عين المتصرف ، كأب أو رئيس أو معلم ، استعمل نفوذه الأدبى . والثانية لا يشترط فيها أن الشخص المتسلط على الإرادة له مقام كبير ، فقد يكون زوجة أو أولاداً للمتصرف .

(٢) ولكن يشترط أن يكون النفوذ الأدبى كافياً للتأثير فى إرادة المتعاقد ، فإذا لم يستعمل الأخ أية وسيلة من وسائل الضغط على أختيه المتزوجتين والمستقلتين عنه — وخاصة إذا كان هناك خلاف بين الأخ وأختيه — وقد أبرم العقد المطعون فيه بالإكراه على يد لجنة من العمد والمشايخ ، فلا يمكن أن يقال إن وسائل ضغط قد حصلت من الأخ على أختيه أحدثت عندهما خوفاً شديداً حملهما على قبول ما لم تكونا تقبلانه اختياراً (محكمة استئناف أسيوط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٤٤ ص ٦٩٨) .

وقضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن مجرد النفوذ الأدبى أو هيبة الأقارب لا يكفى لبطلان العقد ، بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٩ =

على زوجته . وموقف الولد من أبيه وهو يخفض له جناح الذل من الرحمة ، وموقف المتدين من رئيس ديني والدين ذو أثر عميق فى النفس ، وموقف المرؤوس من رئيسه وفى يد هذا إبقاؤه فى العمل أو فصله . كل هذه مواقف قد تتأثر فيها إرادة الشخص إلى حد كبير ، وليس من الصواب أن يقال إن الشخص يتعاقد مختاراً فيها . فإذا أريد بالعقد الوصول إلى غرض غير مشروع . كعقد التزام باهظ يثقل كاهل الملتزم . وما كان يرضاه لولا موقفه ممن يتعاقد معه ، فإن العقد يجوز إبطاله للاكراه[1] .

= ص ٥٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا كانت المحكمة قد أثبتت بأدلة مقبولة أن حصول المشترى على عقد البيع من البائعة لم يكن بطريق الإكراه بل بطريق الإقناع والتأثير البرىء ، وأن وقائع الإكراه التى ادعتها — بفرض صحتها — لم تكن لتؤثر فى نفسها تأثيراً يحملها على توقيع العقد لأخيها بغير رضاء وتسليم ، فلا يكون ثمة محل لمجادلتها فى ذلك (١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٧ ص ٦٢٨) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن المورثة التى تنقض ما أبرمته من تصرفات سابقة بالبيع والوصية ، وتتجرد تجرداً يكاد يكون تاماً من غير مقابل لفائدة رئيس دينى استعمل نفوذه لإبعادها عن أقاربها إبعاداً تاماً ، وأحاطها بخصومها الألداء ، وجعلها تنزل عن دعوى حساب بمبالغ جسيمة كانت قد رفعتها عليهم ، وتعطى لأحدهم توكيلا عنها ، تدل بهذه التصرفات والإجراءات المتناقضة على أنها كانت ضعيفة الإرادة مسلوبة الرضاء واقعة تحت تأثير الرئيس الدينى الذى تسلط عليها تسلطاً جعلها تنقاد لإرادته وتتصرف وفقاً لما يمليه عليها وتسير فى الطريق التى رسمها ، فالوقفية التى تصدرها فى هذه الظروف عن أطيان سبق لها الإيصاء بها لبعض أقاربها ، والتى تقيم فيها ذلك الرئيس الدينى (المطران) ناظراً وتفوض له التصرف فى الريع على الفقراء وغيرهم دون رقيب ولا حسيب ، تكون باطلة طبقاً للمواد ١٢٨ و١٣٣ و١٣٦ من القانون المدنى (القديم) لانعدام (كذا) رضائها وقت التصرف (٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٤٨٧ ص ٨٦١) .

[وانظر فى القضاء الفرنسى فى حالة مماثلة : ديموج جـ ١ فقرة ٣٠٧ ص ٤٩٩ وهامش ٣ بها] .

وتشتمل بعض التقنينات الأجنبية على نصوص فى هذا الموضوع تقرر أن النفوذ الأدبى وحده لا يكفى لإبطال العقد ، بل يجب أن تقترن به وسائل إكراه أخرى . وقد قضت المادة ١١١٤ من التقنين المدنى الفرنسى بأن « مجرد الخشية الصادرة عن احترام (la seule crainte révérentielle) واجب للأب أو الام أو أى أصل آخر ، دون أن يكون هناك إكراه واقع ، لا يكفى لإبطال العقد » . أنظر أيضاً التقنينين التونسى والمراكشى (م ٥٥/٥١) والتقنين اللبنانى (م ٢١٢) والتقنين البرازيلى (م ١٠٠) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٠) . وهى نصوص منتقدة ، لأنه إذا كان صحيحاً كقاعدة عامة أن مجرد النفوذ الأدبى لا يكفى وحده وسيلة للاكراه ، إلا أن هذا لا يمنع من أن تتحقق حالات يكفى فيها النفوذ الأدبى لإبطال العقد ، وهى الحالات التى يساعد فيها استعمال هذا النفوذ لابتزاز التزامات باهظة كما تقدم القول . على أنه يمكن الوصول إلى مثل هذه النتيجة من طريق نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فإن صاحب النفوذ الأدبى يكون قد تعسف فى استعمال نفوذه إذا هو قصد به الوصول إلى غرض غير مشروع =

ب — رهبة تحمل على التعاقد

١٩٨ — **وجوب الأخذ بالمعيار الذاتى** : قدمنا أن المادة ١٢٧ من التقنين الجديد تقضى بأنه يجوز إبطال العقد للاكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ... ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه . وهذا النص قاطع فى أن القانون الجديد يأخذ فى الاكراه بمعيار ذاتى محض . وقد كان التقنين القديم (م ١٣٥/١٩٥) يخلط بين المعيار الذاتى والمعيار الموضوعى مقلداً فى ذلك

= فيلتزم بالتعويض ، وخير تعويض هنا هو إبطال العقد . وكما يقوم العقد على أساس من التعويض وإن أعوزته الإرادة ، كذلك يبطل على أساس من التعويض وإن لم تعوزه الإرادة . فالأولى إذن أن تتسع نظرية الإكراه حتى تتناول كل فرض من هذه الفروض (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٤٣٨ — ص ٤٣٩) .

وقد اشتمل المشروع التمهيدى للتقنين الجديد على نص فى هذا الموضوع . فقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٨ بأنه « لا يعتبر مجرد النفوذ الأدبى ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد ما يأتى : « وتعرض المادة ١٧٨ من المشروع لتطبيقات ثلاثة للاكراه بوصفه عيباً من عيوب الرضاء ... والتطبيق الثانى خاص بالنفوذ الأدبى ، وهو بمجرده لا يعيب الرضاء ، وإنما يعيبه إذا صحبه الإكراه وفقاً لعبارة المشروع الفرنسى الإيطالى (المادة ٢٠) — (أنظر أيضاً التقنينات اللاتينية) ، أو إذا كان هناك « تأثير غير مشروع » على حد تعبير المشروع . ويقصد بعبارة « التأثير غير المشروع » استغلال ، أو إساءة استعمال ، الاحترام الواجب لوالد أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين ... الخ . بقصد ابتزاز مغنم فاحش أو منفعة مفرطة . وعلى هذا الوضع يكون النص أرحب سعة مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عمل معين من أعمال الإكراه » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص فى المشروع النهائى اعتماداً على ما تقرره القواعد العامة فى هذا الصدد وتكملها قواعد الاستغلال التى وردت فى هذا المشروع على ما سنرى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ فى الهامش) .

[أنظر فى استغلال النفوذ ، أو اساءة استعماله : دى باج بند ٦٠ ص ٦٨ — ٦٩] .

ويعرف القانون الإنجليزى ما يسمى بالتأثير غير المشروع undue influence وفيه يسيء الشخص استعمال ثقة شخص آخر به أو نفوذه الأدبى عليه . فمتى وجدت علاقة تقوم على الثقة ما بين شخصين ، كأب وابنه أو كطبيب ومريض أو كمحام وعميله أو كرئيس دينى ورجل متدين ، واستغل الشخص الموثوق به هذه العلاقة لإكراه الشخص الآخر على إمضاء عقد ، فإن العقد يكون قابلا للابطال . ولكن يجب طلب ذلك فى مدة معقولة من وقت انتهاء التأثير غير المشروع (أنظر پولوك فى العقد ص ٦٤٨ — ص ٦٨٩ — كارتر فى العقد ص ٨٥ — ص ٨٧) .

القانون الفرنسي كما سبق القول[١] .

ولا شك في أن التقنين الجديد أحسن صنعاً بالاقتصار على المعيار الذاتي وعدم الخلط بينه وبين المعيار الموضوعي ، فإن الإكراه ، كالغلط وكسائر عيوب الرضاء ، ظاهرة من الظواهر النفسية لا يجوز الأخذ فيها بغير المعيار الذاتي[٢] . وهذا ما جرى عليه القضاء والفقه في مصر حتى في ظل القانون القديم[٣] . وهذا هو أيضاً ما أخذت به الشريعة الإسلامية[٤] والتقنينات الأجنبية الحديثة[٥] .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٠ — وقد حاول بعض الفقهاء في فرنسا أن يزيل التعارض ما بين المعيارين الذاتي والموضوعي ، وهو التعارض الوارد في المادة ١١١٢ من القانون المدني الفرنسي على ما رأينا ، فذهب إلى وجوب التفريق ما بين المعيارين على الوجه الآتي : إذا كان المتعاقد فوق الوسط طبق المعيار الموضوعي ، واكتفى في جسامة الخطر بأن يكون من شأنه أن يؤثر في الوسط من الرجال . أما إذا كان المتعاقد دون الوسط وجب تطبيق المعيار الذاتي ، ونظر إلى حالة المتعاقد وسنه وجنسه وما إلى ذلك (كولميه دي سانتير فقرة ٢٢ مكررة (١) — بفنوار ص ٦٠٦ — كولان وكابيتان ٢ ص ٢٨٥) . وظاهر أن هناك عيباً واضحاً في هذا التوفيق ، فإن المتعاقد إذا كان فوق الوسط فإن إرادته لا تفسد بإكراه ليس من شأنه أن يفسد إرادة من هم فوق الوسط ، فكيف يقال بعد ذلك إن إرادته قد فسدت بمثل هذا الإكراه !

(٢) ولا يوجد مانع من الجمع بين الأخذ بمعايير ذاتية في عيوب الرضا والأخذ بالإرادة الظاهرة فيما يقتضيه استقرار التعامل . ولا يوجد قانون واحد خلا من هذا الجمع . وإنما القوانين تطاوع المقتضيات العملية ، فتأخذ تارة بالإرادة الظاهرة والمعايير الموضوعية حيث يغلب اعتبار استقرار التعامل ، وتأخذ طوراً بالإرادة الباطنة والمعايير الذاتية حيث يغلب اعتبار العدالة والمنطق القانوني . وتتفاوت القوانين في التوفيق ما بين الاعتبارين ، فمنها ما يغلب عليه ترجيح الاستقرار ، ومنها ما يغلب عليه ترجيح العدالة ، ومنها ما يرضى الاعتبارين على حد سواء بالقدر الذي يقتضيه كل منهما فيكون بينهما قواما .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية في ٢٥ أكتوبر سنة ١٨٩١ الحقوق ٤ ص ٣٠٣ — محكمة أسيوط الكلية في ٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٢٣ ص ٤٤٧ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٥ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٣١ — وفي ١٩ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ — هالتون ١ ص ٤١٨ — دي هلتس ١ لفظ convention فقرة ٤٤ — والتون ١ ص ٢٢٦ — ص ٢٢٧ — الدكتور عبد السلام ذهني بك فقرة ١٣٤ — الدكتور محمد صالح بك فقرة ٢٧٩ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٢٣ — الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٨٨ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٤ .

(٤) مرشد الحيران م ٢٨٨ : « يختلف الإكراه باختلاف أحوال الأشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم وجاههم ودرجة تأثرهم من الحبس والضرب كثرة وقلة ، وشدة وضعفاً » .

(٥) التقنين المدني الألماني م ١٢٣ — وتقنين الالتزامات السويسري م ٣٠ .

فيجب إذن أن تـكون الرهبة التي بعثها إلى نفس المتعاقد المـكرَه التهديد بخطر جسيم محدق فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال رهبة قد ضغطت على إرادته بحيث أصبح مسلوب الحرية لا اختيار له فيما أراد ، وأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه دفعاً[1] فالرهبة إذن تـكون قد أفسدت إرادته . وهذه هى المسألة الجوهرية التى يجب الوقوف عندها ، وإليها ترد سائر المسائل فى الإكراه . وما تقدم ذكره من وجوب التهديد بخطر فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال . ومن أن الخطر يجب أن يكون جسيما محدقاً ، إنما هو المظهر المادى للرهبة التى انبعثت فى نفس المتعاقد المـكرَه فحملته على التعاقد . وليس الخطر الجسيم المحدق مقصوداً لذاته ، بل للنتيجة التى يؤدى إليها من وقوع الرهبة فى النفس . وأن تـكون هذه الرهبة هى التى دفعت إلى التعاقد ، مراعى فى ذلك الحالة الشخصية للمتعاقد المـكرَه . وهذا هو المعنى المقصود من الأخذ بالمعيار الذاتى[2] .

---

(١) [أنظر دى باج جـ ١ بند ٦٠ وديموج جـ ١ بند ٣٢٥ و٣٢٧ (وكذا بند ٣١٠) — والفقه اللاتينى الحديث متفق فى القول بوجوب أن يكون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد ، وانظر المادة ١٢٣ من التقنين الألمانى .B.G.B — أما الإكراه العرضى الذى لا يدفع إلى التعاقد وإنما يجبر المتعاقد على قبول شروط أشد ، لم يكن ليقبلها لولاه ، فجزاؤه التعويض لا الإبطال — وذلك قياساً على التدليس غير الدافع (أنظر المراجع السابقة) . ويجرى القضاء فى هذه الحالة على تخفيض المقابل الباهظ . ويحبذ الفقه هذا الحل العملى المفيد ، ويعتبر ذلك نوعاً من المقاصة بين التعويض المستحق للمدين المكره عن الإكراه العرضى ، وما هو مستحق للدائن بموجب العقد (أنظر دى باج جـ ١ بند ٦٢ ص ٧٠) ونرى فى تأصيل هذا الحل رده إلى نظرية انتقاص العقد أى إبطال الشق الفاسد فيه ، واستبقاء الصحيح ، وهى صورة من صور البطلان لا من صور التعويض . ولهذا فإنه إذا اقتصر أثر الإكراه على قبول شرط (أو شروط) أشد فليس ثمة ما يمنع قانوناً من إبطال ذلك الشرط الأشد برمته دون إخلال بباقى شروط العقد . ويكون البطلان فى هذه الحالة جزئياً ، وهو ما يغنينا عن الالتجاء إلى فـكرة التعويض والمقاصة بينه وبين الحق المقرر للدائن بموجب الشرط الذى اضطر المدين إلى قبوله تحت تأثير الإكراه] .

(٢) وهذا ما انتهى إليه الفقه المصرى فى ظل القانون القديم . وقد جاء فى هذا المعنى فى كتاب نظرية العقد للمؤلف ما يأتى : « قلنا إن شرطاً واحداً كان يكفى فى الإكراه ، وهو المعيار الذى تقاس به جسامته فإذا قيل إن الإكراه يجب أن يصل إلى حد من الجسامة بحيث يكون هو الذى دفع إلى التعاقد ، فإن الشروط الأخرى التى ذكرت إلى جانب هذا الشرط تصبح غير ضرورية ... ويتبين مما تقدم أن الشروط التفصيلية التى تتطلبها النظرية التقليدية فى الإكراه غير صحيحة فى كثير من تطبيقاتها . والأولى أن تغفل هذه الشروط وأن نكتفى بالمعيار المرن الذى ذكرناه إذا وجد المتعاقد المكره بالنسبة لظروفه الشخصية فى حالة اضطرار ضغطت على إرادته وحملته على التعاقد » (نظرية العقد ص ٤٣٧ وص ٤٤٤) .

١٩٩ — تطبيق المعيار الذاتى : فالواجب إذن النظر إلى حالة المتعاقد الشخصية ، فنتعرف إلى أى حد هو يتأثر بالرهبة والخوف ، وندخل فى اعتبارنا كل العوامل التى يكون من شأنها تكييف نفسيته ، من جنس وسن وحالة اجتماعية وحالة صحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه كما تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ .

فالأنثى غير الذكر . والصبى الصغير غير الشاب القوى ، وهذا غير الهرم البالى . والقروى الساذج غير المدنى المتحضر . والعصبى غير الهادىء المزاج . والضعيف غير القوى والمريض غير المعافى . والجاهل غير المتعلم . والغبى غير الذكى . وهكذا . ويجب الاعتداد أيضاً إلى جانب الحالة الشخصية بالظروف والملابسات ، فالخطر قد يحدث رهبة فى نفس المتعاقد وهو فى جهة قاصية بعيدة عن الناس ولا يحدثه وهو فى مدينة آهلة بالسكان وعلى مقربة من رجال الأمن . وقد يخشى منفرداً ما لا يخشاه وهو فى جماعة من الناس . وقد يكون الخوف أشد وقعاً فى نفسه ليلا منه نهاراً . فالمكان والزمان وغيرهما من الظروف والملابسات تؤثر فى تكييف جسامة الخطر فى نفس المتعاقد[1] .

ومعرفة ما إذا كانت الرهبة هى التى دفعت فعلا إلى التعاقد مسألة واقع لا رقابة لمحكمة

---

(١) ويلاحظ أن الخطر إذا كان يهدد المال ، فالمفروض أنه لا يؤثر فى إرادة المتعاقد إلا إذا كان المال الذى يتعرض للخطر أكثر مما يفقده الشخص من وراء التعاقد الذى أكره عليه وقد يكون التهديد بالاستيلاء على المال غصباً سبباً لإفساد الرضاء حتى لو كان صاحب المال يستطيع استرداده بعد غصبه ما دام التهديد قد أثر فى إرادته .

ولا يعتبر القانون الإنجليزى الخطر الواقع على المال إكراهاً ، لأنه كان فى استطاعة المتعاقد أن يدع الخطر يتحقق ثم يرجع بتعويض على من تسبب فى ضياع المال (پولوك فى العقد ص ٦٤٥) . وهذه نظرة تغفل احتمال عدم الجدوى فى الرجوع بالتعويض .

[وقد قضت محكمة النقض بأن الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ مدنى إذ تنص على أنه يراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الإكراه ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف المعيار الذى أوجبه القانون فى تقدير الإكراه إذا كان قد بنى فى حصول الإكراه المدعى بوقوعه استناداً إلى أسباب تتعلق بشخص البائعة وظروف التعاقد : نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٩ ص ١٢٧] .

النقض عليها[1] . وينظر فى تقديرها إلى العوامل التى سبق بيانها . ووجوب الاعتداد بهذه العوامل من مسائل القانون التى تعقب عليها محكمة النقض[2] .

جـ — الجهة التى صدر منها الإكراه

٢٠٠ — الإكراه الصادر من المتعاقد الآخر والإكراه الصادر من الغير : كان التقنين القديم يميز بين الإكراه والتدليس إذا صدرا من الغير فالإكراه الصادر من الغير يؤثر فى صحة العقد ، أما التدليس الصادر من الغير فلا أثر له فى ذلك . وكان هذا موضعاً للنقد سبقت الإشارة إليه . أما التقنين الجديد (م ١٢٨) فقد نبذ هذا التمييز ، وجعل الحكم سواء فى الحالتين . فعالج بذلك عيباً ظاهراً من عيوب التقنين القديم .

والأصل أن الإكراه يفسد الإرادة كما قدمنا . وسواء صدر الإكراه من أحد المتعاقدين

---

(١) [انظر بيدان جـ ٢ آخر بند ١٣٢ ص ٩٢ — ٩٣ ودى باج جـ ١ ص ٦٧ وانظر هامش (١) فى صحيفة ٣٣٧ من هذا الكتاب] .

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية — وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) بأن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير درجة الإكراه من الوقائع ، وهل هو شديد ومؤثر أو غير مؤثر فى الشخص الذى وقع عليه الإكراه ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك (٢ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦٢ ص ١٥٧ — مجموعة عمر ١ رقم ٥٥ ص ١٢٠) .

[كما قضت بأنه متى كانت المحكمة (المطعون فى حكمها) قد نفت ، لأسباب سائغة ، فى حدود سلطتها التقديرية ، وقوع إكراه مؤثر على إرادة البائع أو تدليس مفسد لرضاه فإنها لا تكون ملزمة بإجراء تحقيق لا ترى أنها فى حاجة إليه (نقض مدنى ١٥ ديسمبر ١٩٥٥ — مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٨ ص ١٥٨٢)] .

(٢) وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن جسامة الخطر الذى ينشأ منه الإكراه إنما تقدر بالمعيار النفسى للشخص الواقع عليه الإكراه ، وهذا يستدعى مراعاة حالته عملا بالمادة ١٣٥ من القانون المدنى (م ١٢٧ جديد) . فإذا كان الكفيل قد دفع ببطلان الكفالة للإكراه قولا منه بأنه كان له فى ذمة المكفول له دين بسند مستحق وقت الطلب ، فضاع منه السند ، فلجأ إلى مدينه ليكتب له بدلا منه ، فأبى إلا إذا وقع هو له إقراراً بكفالة أخيه فى دين له قبله ، فلم يجد مناصاً من القبول ، فرد الحكم على هذا الدفع بأن فقد سند الدين لم يكن ليؤثر فى إرادة الكفيل ، وهو رجل مثقف خبير بالشؤون والمعاملات المالية ، إلى الحد الذى يعيب رضاءه بكفالة أخيه ، فهذا رد سديد . وإذا كان الحكم بعد ذلك قد قال بأن فقد السند ، بحكم كونه واقعة لا يد للمكفول له فيها ، لا يكوّن الإكراه المبطل للعقود ، فهذا تزيد منه لا يعيبه أن يكون قد أخطأ فيه (أول أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٤ ص ٥٨٥) .

أو صدر من الغير فإن أثر الإكراه من حيث هو عيب فى الرضا لا يختلف . والإرادة تكون فاسدة فى الحالتين . أما من حيث أن الإكراه عمل غير مشروع ، فإن المسئول عن هذا العمل هو المكره ، وهو فى إحدى الحالتين غيره فى الحالة الأخرى .

والذى يعنينا هنا هو الإكراه بوصفه عيباً فى الرضا . فلا فرق إذن بين إكراه يصدر من أحد المتعاقدين وإكراه يصدر من الغير : كلاهما يفسد الإرادة ويجعل العقد قابلا للابطال[1] .

إلا أن هذا الحكم منوط بتوافر شرط هو ذات الشرط الذى أوردناه فى التدليس . فالإكراه الصادر من الغير لا يجعل العقد قابلا للابطال إلا إذا أثبت المتعاقد المكره أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم ، بهذا الإكراه . ذلك أن الإكراه إذا صدر من الغير ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به أو يفرض حتما أنه يعلم به ، واختار المتعاقد المكره إبطال العقد ، فإنه يصح للمتعاقد حسن النية أن يطالبه بالتعويض[2] وخير تعويض هنا هو استبقاء العقد صحيحاً ، فيقوم فى هذه الصورة أيضاً لا على أساس من الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض . وهذا هو عين ما قررناه فى التدليس[3] .

---

(١) والقضاء والفقه فى مصر متفقان على هذا الحكم حتى ظل القانون القديم : محكمة الاستئناف المختلطة فى ١١ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص ١٧١ — وفى ١٩ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ — دى هلتس ١ لفظ convention فقرة ٤٠٥ — هالتون ١ ص ٣١٨ — وألتون ١ ص ٢٣٤ — الدكتور ذهنى بك فقرة ١٣٦ — فقرة ١٤١ — الدكتور محمد صالح بك فقرة ٣٨١ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٠٥ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٨٩ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٦ .

[وانظر بهذا المعنى فى الفقه الفرنسى : بيدان جـ ٨ بند ١٢٦ — وفى الفقه البلجيكى دى باج جـ ١ بند ٦٢] .

(٢) [أنظر بهذا المعنى بيدان جـ ٨ بند ١٢٦] .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥١٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقارن المادة ٢٩ من قانون الالتزامات السويسرى [وهذه المادة تحمى المتعاقد الحسن النية من أثر البطلان بتخويله حق التعويض إذا ما اقتضت العدالة ذلك . وتعبير القانون السويسرى يمتاز هنا بالمرونة . انظر دى باج جـ ١ بند ٦٥] . هذا ويصح القول هنا أيضاً بأن التقنين الجديد أخذ بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة على النحو الذى سبق أن قررناه فى صدد الغلط والتدليس .

ويلاحظ أن الإكراه فى هذه الصورة الأخيرة ، حيث يبقى العقد صحيحاً لحسن نية المتعاقد الآخر ، إذا لم ينتج أثره كعيب من عيوب الرضا ، فإنه ينتج أثره كعمل غير مشروع ، ويكون للمكره أن يطالب الغير الذى صدر منه الإكراه بتعويض ما أصابه من الضرر (١) .

٢٠١ — الإكراه الصادر عن ظروف تهيأت مصادفة (حالة الضرورة) : وقد يصدر الإكراه لا من أحد المتعاقدين ولا من الغير ، ولكن من ظروف تهيأت مصادفة لا يد لأحد فيها ، واقتصر المتعاقد على الإفادة منها واستغلالها لحمل من وقع تحت تأثير هذه الظروف على التعاقد ، كما إذا تقدم شخص لإنقاذ آخر من خطر الغرق أو الحريق أو القتل أو نحو ذلك وحصل منه قبل إنقاذه على تعهد بإعطائه مقداراً جسيما من المال ثمناً لهذا الإنقاذ . وكما لو اتفق جراح مع مريض على إجراء عملية فى نظير أجر باهظ مبالغ فيه (٢) .

وقد ذهبت النظرية التقليدية فى الإكراه إلى التمييز ما بين هذا الفرض والفرض الذى يصدر فيه الإكراه من الغير . فإن الإكراه الصادر من الغير يقصد به الضغط على المتعاقد

---

(١) وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص فى المعنى ، نقضت الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ من هذا المشروع بأنه « إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بوقوع الإكراه ، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم به ، فليس للمكرَه إلا أن يطالب المكره بالتعويض » . وقد حذفت هذه الفقرة فى المشروع النهائى لأنها تقرر حكماً تكفى فيه قواعد المسئولية ، كما سبقت الإشارة إلى ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ وص ١٨٧) [وانظر دى باج ج ١ بند ٦٤ حيث يرى أن جزاء الإكراه — باعتباره عيباً فى الرضا — هو إبطال العقد — وباعتباره عملا غير مشروع — هو التعويض ، وقد يجتمع الجزاءان إذا كان الإبطال لايكفى وحده لجبر الضرر] .

(٢) [وتثور هنا مسألة قبول العمل بشروط مجحفة تحت ضغط الاحتياج والاضطرار وهل يعتبر ذلك ظرفاً مكرها يعيب العقد . والراجح أنه ليس كذلك . وهذه الصورة التى تتعلق بإبرام العقد فى ظروف قهرية لادخل لرب العمل فى خلقها تختلف عن صورة الإكراه الذى يقع أثناء سريان العقد لتعديل شرطه ، وقد سبقت معالجتها وذكرنا فيها أن الإكراه قد يقع من العامل كما يقع من رب العمل (انظر : اسماعيل غانم : قانون العمل بند ١٠٦ ص ٢٢٧ — ٢٢٨ — وانظر آنفاً هامش ٢ فى ص ٣٧٣ من هذا الكتاب) .

أما إجبار رب العمل قانوناً على التعاقد مع عمال معينين أو بشروط معينة (وهو ما يسمى بالعقد المفروض) فهو يخرج بداهة عن نطاق الاكراه لتعلقه بالقيود المفروضة قانوناً على حرية التعاقد وهى مسألة أخرى لا شأن لها بعيوب الرضا (انظر : اسماعيل غانم المرجع السابق بند ٥١ ص ٩١ — ٩٢ والمراجع التى أشار إليها وبخاصة : جلال العدوى : الإجبار القانونى على المعاوضة — رسالة من الاسكندرية ، سنة ١٩٦٠)] .

حتى ينتزع منه الرضاء ، ومن ثم يؤثر فى صحة العقد . أما الفرض الذى نحن بصدده فالظروف الضاغطة على الإرادة قد تهيأت مصادفة ، ولم يكن الغرض منها الضغط على إرادة المتعاقد ولم يفعل المتعاقد الآخر إلا أنه استغلها عند تعاقده . ولما كانت النظرية التقليدية تشترط فى الإكراه أن ينتزع الرضا ، وقد ورد فعلا لفظ « الانتزاع » (extorqué) فى المادة ١١٠٩ من القانون المدنى الفرنسى ، فإنها لا تجعل الإكراه الذى تهيأت ظروفه مباشرة ذا أثر فى صحة العقد[١] .

ولكن هذا التمييز الذى تأخذ به النظرية التقليدية لا مبرر له ، وهو أثر من آثار القانون الرومانى بقى فى القانون الفرنسى بعد أن زالت مقتضياته[٢] . والصحيح أن الإكراه متحقق فى كلا الفرضين . وما دامت إرادة المتعاقد لم تكن حرة ، بل صدرت تحت تأثير الضغط ، فالإرادة فاسدة ، سواء فى ذلك أن يكون مصدر الضغط هو المتعاقد الآخر أو أجنبى أو ظروف خارجية لا يد لأحد فيها ، فأثر الضغط فى إرادة المتعاقد واحد فى كل هذه الأحوال . فإذا تعرض شخص لخطر الموت ، وتقدم لإنقاذه شخص اشترط

---

(١) انظر فى هذه النظرية التقليدية : نظرية العقد للمؤلف ص ٤٢٥ .

(٢) وذلك أن القانون الرومانى كان يجعل للإكراه جزاء مستقلا غير إبطال العقد . أما الإكراه الذى تهيأت ظروفه مصادفة فلم يكن عليه جزاء ، لأنه لا يمكن فى هذه الحالة توجيه الدعوى ضد شخص معين صدر منه الإكراه . فانتقلت هذه القاعدة إلى القانون الفرنسى بالرغم من أن هذا القانون يجعل جزاء الإكراه إبطال العقد ، ولا يكتفى بدعوى تعويض ضد من صدر منه الإكراه . وظاهر أن دعوى الإكراه يمكن توجيهها ضد المتعاقد الآخر دون حاجة إلى تلمس شخص صدر منه الإكراه (انظر بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٩٥ — انظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ٨٨ وهو يرى أن العقد يكون قابلا للإبطال فى هذه الحالة لأننا لا ننظر هل كان الدائن ملوماً أو غير ملوم من حيث وجود هذا الإكراه ، بل ننظر هل كان المدين إرادته حرة مختارة أم صدرت إرادته تحت ضغط دافع) . [وبنفس المعنى : بيدان جـ ٨ بند ١٢٧] .

وظاهر مما تقدم أن القانون الرومانى كان لا ينظر إلى الإكراه إلا باعتبار أنه عمل غير مشروع ، فإذا تهيأت ظروفه مباشرة فلا مسئولية على أحد ، ولا جزاء على مثل هذا الإكراه . أما الآن فنحن ننظر إلى الإكراه ، لا بوصف أنه عمل غير مشروع فحسب ، بل أيضاً بوصف أنه عيب فى الرضاء . فالإكراه الذى تهيأت ظروفه مباشرة إذا فاته الوصف الأول فلا يفوته الوصف الثانى ، ويكون إذن سبباً فى إبطال العقد .

أن يأخذ مبلغاً جسيما من أجل ذلك ، فلا فرق ، من حيث حرية إرادة المدين ، إذا كان مصدر الخطر الذى يتهدده هو من فعل الدائن أو من عمل الغير أو نتيجة الصدفة ، وما دام الدائن قد علم بالظرف الخارجى واستغله فالعقد قابل للابطال . كذلك الطبيب الذى يستغل خطورة المرض ، فيضطر المريض إلى الالتزام بمبلغ جسيم أجراً للعلاج لا يتناسب البتة مع الأجر الذى يؤخذ عادة ، إنما يتعاقد مع شخص قد فقد حرية الإرادة ، ويجب أن يبطل العقد فى هذه الحالة[1] ، ومن ينقذ سفينة على وشك الغرق تلقاء تعهد باهظ من ربان السفينة ليس له أن يتمسك بهذا التعهد لأن الإرادة قد أفسدها الإكراه[2] .

وقد اشتمل المشروع التمهيدى للتقنين الجديد على نص صريح فى هذا الموضوع يميز بين ما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل المتعاقد المهدد بخطر تهيأت ظروفه مصادفة ، أو كان سيء النية وأراد استغلال هذه الظروف . ففى الحالة الأولى وحدها لا يكون للمتعاقد المكره حق إبطال العقد[3] ، ويستخلص من مفهوم المخالفة أن الإكراه

---

(١) [انظر بيدان ج ٨ بند ١٢٧ ص ٨٨ وهوامشها — ودى باج ج ١ بند ٦٢ ص ٧٠ وهوامشها — وديموج ج ١ بند ٣١١ و ٣٢٢ — ويختلف الفقه فى بيان الأساس القانونى لرجوع الطبيب بأجره بعد إبطال العقد — أما القضاء فيرى من الأوفق تخفيض المقابل إذا كان باهظاً . وهو ما أشار به بوتييه من قبل (الالتزامات بند ٢٤) ويحبذ دى باج هذا الحل العملى لفائدته] .

(٢) [انظر بيدان ج ٨ ص ٨٨ هامش ٦ — ودى باج ج ١ بند ٦٢ ص ٧٠ — وديموج ج ١ بند ٣٢١ — وفى التشريع الفرنسى نصوص خاصة تعالج حالة المساعدة البحرية كما توجد فى هذا الشأن معاهدة دولية هى معاهدة بروكسل المبرمة فى سنة ١٩١٠ بخصوص المساعدة والإنقاذ البحريين — وقد انضمت إليها مصر فى سنة ١٩٤١ بموجب القانون رقم ٣٢ — وهى تنص فى مادتها السابعة على تخويل القضاء حق إبطال أو تعديل الاتفاقات المبرمة تحت ضغط الخطر إذا لم تكن شروطها عادلة] .

(٣) نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى — وقد حذفت فى المشروع النهائى اكتفاء بالقواعد العامة — على ما يأتى : « إذا أبرم شخص عقداً للخلاص من خطر جسيم حال ، يهدده هو أو أحد أقاربه ، فلا يعتبر هذا العقد قابلا للبطلان بسبب الإكراه إذا كان الطرف الآخر حسن النية ولم يقصد أن يستغل الطرف المهدد » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ... أما التطبيق الثالث فهو خاص بحالة من يجد غيره مهدداً بخطر جسيم حال لا يد له فيه ، فيستغل هذا الموقف . فهو وإن لم يكن المتسبب فى الظرف الملجىء ، إلا أنه انتفع به للحصول على مغنم فاحش ، ويعتبر الإكراه فى هذه الصورة عيباً فى الرضاء (قارن الاستغلال) . وعلى النقيض من ذلك ينتفى الإكراه ويكون الرضاء صحيحاً إذا لم يحاول المتعاقد الآخر فى مثل هذا الفرض أن يحصل على منفعة =

يكون سبباً لإبطال العقد فى الحالة الثانية . وهذا التميز معقول ويجب الأخذ به فى ظل القانون الجديد . وإذا كان المشروع النهائى قد أغفل هذا النص فلم يكن ذلك لأنه أراد مخالفة حكمه ، بل هو قد اعتمد على القواعد العامة فى تقرير هذا الحكم[1] ، وبخاصة على قواعد الاستغلال . وسنرى ذلك فيما يلى .

= مفرطة ، بل اقتصر على إنقاذ المتعاقد الآخر فى مقابل منفعة معقولة . فناط الحكم فى هذه التطبيقات الثلاثة هو فكرة (الإفراط فى الغبن) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٥ — ص ١٨٦ فى الهامش) . انظر أيضاً المادة ١٤٤٧ من القانون الإيطالى الجديد .

[ويلاحظ أن بعض المحاكم الفرنسية قد اتجهت إلى القول بأن ثمة إكراهاً أدبياً فى حالة استغلال المتعاقد للظروف المحيطة بالآخر — انظر بيدان جـ ٨ هامش صحيفة ٨٩] .

هذا والحكم يبقى صحيحاً حتى لو اعتقد المتعاقد المهدد أن المتعاقد الآخر قد أفرط فى الغبن ، ما دام هذا الأخير كان حسن النية ولم يهدف إلى استغلال الخطر الذى يتهدد المتعاقد معه . فإذا اتفق جراح شهير مع مريض على إجراء عملية خطيرة ، وتقاضى أجراً لعمله مبلغاً كبيراً ولكنه يتناسب مع خطورة العملية ، فالعقد صحيح حتى لو تمسك المريض فيما بعد بأن إرادته لم تكن حرة وقت التعاقد . وتعليل ذلك أن الطبيب كان حسن النية ، فلو فرض أن المريض لم يكن حر الإرادة وأراد إبطال العقد . فمن حق الطبيب أن يتقاضى تعويضاً من المريض فى هذه الحالة ، وخير تعويض هو استبقاء العقد صحيحاً كما مر ذلك فى صور مختلفة .

(١) وقد أخذ بهذا الرأى الفقه والقضاء فى مصر حتى فى ظل القانون القديم : والتون ١ ص ٢٣٧ — ص ٢٣٨ الدكتور ذهنى فقرة ١٣٥ — الدكتور محمد صالح فقرة ٢٨٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٢١ — الدكتور حلمى بهجت فقرة ٨٩ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ١٨٧ — وأبطلت محكمة الاستئناف المختلطة الاتفاق الذى يعقد فى حالة الاضطرار الناجمة من وجود سفينة فى خطر (٢٢ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص١٦٦) ، واكتفت بإعطاء دعوى الفضولى (١١ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٣٥) . انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣ — وفى ١٨ نوفبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٥٤ — وفى ٢٥ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٤١ (وفى هذا الحكم الأخير ذكرت المحكمة فى أسباب الحكم أن القانون المصرى (القديم) لم ينقل من القانون الفرنسى كلمة « ينتزع » (extorqué)، الواردة فى المادة ١١٠٩ من هذا القانون الأخير ، والتى كانت السبب فى أن الفقه الفرنسى لا يجعل حالة الاضطرار التى تهيأت مصادفة إكراها يبطل العقد) .

هذا والقانون المقارن فى هذا الموضوع متجه إلى جعل حالة الاضطرار مؤثرة فى صحة العقد ، وسنرى ذلك عند الكلام فى نظرية الاستغلال (نظرية العقد للمؤلف ص ٤٤١ حاشية رقم ١) .

§ ٤ — الاســـتغلال (*)

(L’exploitation)

٢٠٢ — الاستغلال والغبن : الغبن هو المظهر المادى للاستغلال . ويمكن تعريف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه .

ويستخلص من هذا التعريف : (١) أن الغبن لا يتصور إلا فى عقود المعاوضة غير الاحتمالية . أما عقود المعاوضة الاحتمالية وعقود التبرع فلا يتصور فيها الغبن ، لأن الأولى طبيعتها تقضى بوقوع الغبن على أحد المتعاقدين ، ولأن الثانية يعطى فيها أحد المتعاقدين ولا يأخذ فلا محل للكلام عن عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى[١] . (٢) أن الغبن يقدر وقت تمام العقد ، فينظر إلى التعادل فى هذا الوقت ، ولا عبرة بتغير القيم بعد ذلك . (٣) أن الغبن يصعب الاحتراز منه ، فلا بد من التسامح فى الغبن اليسير والوقوف عند الغبن الفاحش ، وبهذا التمييز العملى يقول الفقه الإسلامى .

(*) بعض المراجع : ريبير فى القاعدة الخلقية فقرة ٦١ وما بعدها — جوسران فى الباعث فى الأعمال القانونية فقرة ٩١ — دعونتس (Demontès) فى الغبن فى العقود ما بين البالغين سنة ١٩٢٤ — لويس لوكاس (Louis-Lucas) فى الغبن والعقد سنة ١٩٢٦ — الرسائل : هايم (Hayem) باريس سنة ١٨٩٩ — جرلييه (Gerlier) باريس سنة ١٩٠٨ — ديجول (Dyol) مونبلييه سنة ١٩١٩ — مورى (Maury)، تولوز سنة ١٩٢٠ — كولزون (Coulezon) مونبلييه سنة ١٩٢٤ — ميمان (Mémin) باريس سنة ١٩٢٤ — هاون (Haon) مونبلييه سنة ١٩٢٧ — موريكس (Morixe) سنة ١٩٢٩ — بروجا (Proga) باريس سنة ١٩٣١ — دالم (Dalem) باريس سنة ١٩٣٩ — فالمون (Valmont) باريس سنة ١٩٣٩ — انظر أيضاً مقال الأستاذ ريكول فى مجلة مصر العصرية سنة ١٨ ص ١٨٩ — ص ٢١٤ — نظرية العقد للمؤلف ص ٤٤٥ وما بعدها — حلمى بهجت بدوى ص ٢١٥ وما بعدها .

[أحمد حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ ص ١٧٧ وما بعدها — نظرية الاستغلال فى القانون المدنى المصرى للدكتور توفيق حسن فرج (رسالة من الاسكندرية ١٩٥٧) — أسعد الكورانى (نقيب المحامين فى حلب) — الاستغلال والغبن فى العقود : بحث مقدم للمؤتمر السادس للمحامين العرب (المحاماة السنة ٤١ — العدد السادس : فبراير سنة ١٩٦١ ص ٩٢٢)] .

(١) وسنرى أن الاستغلال قد يقع فى العقود الاحتمالية بل وفى عقود التبرع ، فهو أوسع مدى من الغبن .

٢٠٣ — تطور الغبن من نظرية مادية للغبن إلى نظرية نفسية للاستغلال : والغبن مشكلة اجتماعية لم يهتد القانون إلى حلها حلاً مرضياً . فهى قائمة على اعتبارات اقتصادية وأدبية غير ثابتة ، فإذا ساد المدنية مذهب الفردية وما يتبعه من سيطرة مبدأ سلطان الإرادة رأينا القانون لا يقيم للغبن وزناً . ثم إذا تطورت المدنية وضعف مذهب الفردية ومبدأ سلطان الإرادة . تدخل القانون لمنع الغبن .

كان الرومان متشبعين بروح الفردية ، ومن أجل ذلك لم يكن القانون الرومانى يعبأ بالغبن . ولما ساد الدين المسيحى أوروبا فى القرون الوسطى ، انتكصت روح الفردية . وإذا كان مذهب سلطان الإرادة أخذ فى الظهور منذ ذلك الوقت ، فإن رجال الكنيسة قيدوا هذا المبدأ بالعدالة وبحماية الضعيف من استغلال القوى ، وتوسعوا فى نظرية الغبن ، فحرموا الربا فى عقود القرض ، وحددوا للسلع أثمانها وللعمل أجره ، وهذا ما كانوا يسمونه بالثمن العدل (Juste prix) وبالأجر العدل (Juste salaire) . وعنيت الشريعة الإسلامية بحالة معينة من حالات الغبن وهى العقود الربوية ، فحرمت الربا وتعقبته فى جميع مظان وجوده . ثم عادت روح الفردية وساد مبدأ سلطان الإرادة ، فضاق من تحريم الغبن ما كان قد اتسع . وعادت القوانين لا تعتد بالغبن إلا فى أحوال معينة . وقويت هذه النزعة فى الثورة الفرنسية ، فألغت الثورة حتى تعيين الحد الأقصى للفائدة وحتى تحريم الغبن فى بيع العقار . وورث القانون المدنى الفرنسى ، ومن ورائه القانون المدنى المصرى القديم ، هذه التقاليد ، فجاءت أحكامهما ضيقة فى الغبن . وقد التزم القانونان نظرة مادية للغبن . فالغبن فيهما لا يؤثر فى صحة العقود إلا فى حالات استثنائية نص عليها ، والعبرة فى الغبن بالقيمة المادية للشىء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، والغبن عيب قائم بذاته مستقل عن عيوب الرضاء ، وهو عيب فى العقد لا عيب فى الرضاء ، وآيته ألا يكون هناك تعادل بين قيمة ما أعطى المتعاقد وقيمة ما أخذ على أن يصل الاختلال فى التعادل إلى رقم محدود . وأظهر حالة للغبن فى القانون المدنى المصرى القديم حالة البيع إذا وقع على عقار القاصر (م ٣٣٦ —

١٩/٣٣٧ — ٤٢٠٤) . وهناك حالات أخرى كانت منتشرة فى نواحى هذا القانون ، كالفائدة لا يزيد حدها الأقصى على ٨ فى المائة ، وكعقد الوكالة يجوز فيه أن يعاد النظر فى أجر الوكيل .

وقد تطورت هذه النظرية المادية فى الغبن إلى نظرية نفسية فى الاستغلال أخذ بها أكثر التقنينات الحديثة . والفرق ما بين النظريتين يتلخص فى أمرين : (أولا) فى النظرية الأولى ينظر إلى قيمة الشىء نظرة مادية لا نظرة شخصية ، فالعبرة بقيمة الشىء فى حد ذاته وتحدد هذه القيمة تبعاً للقوانين الاقتصادية وأهمها قانون العرض والطلب . أما فى النظرية الأخرى فالعبرة بالقيمة الشخصية وهى قيمة الشىء فى اعتبار المتعاقد ، إذ قد يكون الشىء تافهاً فى ذاته كبيراً فى نظر من يريد الحصول عليه لاعتبارات ترجع لظروف شخصية . ويترتب على النظرة المادية لقيمة الشىء أنه إذا اختل التعادل فى العقد بالنظر إلى هذه القيمة ، فإن الغبن يتحقق حتى لو لم يختل التعادل بالنظر إلى القيمة الشخصية للشىء ، فقد يكون المتعاقد على بينة من قيمة الشىء المادية ولكن يشتريه بثمن أكبر ، غير مخدوع ولو مضطر ، لأن قيمته الشخصية تعدل الثمن الذى بذله . فى مثل هذه الحالة يعتبر المتعاقد ، طبقاً للنظرية المادية ، مغبوناً ما دام التعادل قد اختل بالنسبة إلى القيمة المادية ، مع أنه كان عالماً بهذه القيمة ولم يخدع فى أمرها ولم يضطر إلى التعاقد ، أى أنه لم يكن ضحية غلط أو تدليس أو إكراه . فالغبن إذن فى النظرية المادية هو كما قدمنا عيب مستقل قائم بذاته ، وهو عيب يقع فى العقد لا فى الرضاء . أما الذى يترتب على النظرة الشخصية لقيمة الشىء فهو ألا يكون هناك غبن إلا إذا رضى المتعاقد أن يدفع ثمناً هو أكبر من هذه القيمة الشخصية ، وهو لا يفعل ذلك إلا إذا كان واهماً فى قيمته ، أو مخدوعاً فيها ، أو مضطراً إلى التعاقد ، ولا يكون هذا إلا نتيجة طيش أو رعونة أو عدم تجربة أو عوز أو حاجة . ومعنى ذلك أن الغبن لا يتحقق فى مثل هذه الحالة إلا إذا وقع المتعاقد فيما يقرب من الغلط أو التدليس أو الإكراه . فلا يكون الغبن إذن فى النظرية الشخصية عيباً مستقلا قائماً بذاته وواقعاً فى العقد ، بل هو مظهر من مظاهر عيوب الرضاء . (ثانيا) ودرجة

الاختلال فى التعادل ينظر إليها فى النظرية الأولى نظرة مادية ، فهى درجة محددة ، بل هى رقم مرصود . فالغبن الذى يزيد على الخمس كما فى الشريعة الإسلامية والقانون المصرى ، أو الربع كما فى القانون الفرنسى بالنسبة إلى القسمة ، أو النصف كما كان فى القانون الفرنسى القديم ، أو سبعة أجزاء من اثنى عشر كما فى القانون الفرنسى بالنسبة إلى بيع العقار ، هو الغبن الذى يعتد به ويستوجب الجزاء إبطالا أو تكملة . وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية ، بالنسبة إلى ظروف المتعاقد الخاصة ، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية ، فلا يعتد به فى هذه الحالة ولا يؤثر فى صحة العقد . أما النظرية الشخصية فتتخذ فى تحديد درجة الاختلال فى التعادل معياراً مرناً ، فهى لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه ، بل تترك ذلك لظروف كل حالة ، ويكفى أن يصل الاختلال فى التعادل ما بين القيمتين إلى حد باهظ .

وغنى عن البيان أن النظرية المادية فيها مزية التحديد ، وفى هذا ضمان لاستقرار التعامل ، إذ يمكن للوهلة الأولى أن نتعرف هل فى العقد غبن ، ولا يقتضى ذلك أكثر من عملية حسابية تقدر بها قيمة الشىء المادية ، وننسب هذه القيمة إلى الثمن ، فإن وصل الغبن إلى القدر المحدد اعتد به . ولكن عيب النظرية المادية هو عدم مرونتها ، فهى من الدقة الحسابية بحيث لا تصلح حلا عادلاً لمسائل اجتماعية يتغلب فيها العنصر النفسى ، وتختلف ظروفها فتختلف الحلول المناسبة لهذه الظروف . وقاعدة واحدة جامدة تطبق تطبيقاً حسابياً على جميع المسائل ، دون نظر إلى الفروق ما بين مسألة وأخرى ، تكون قاعدة ظالمة رغماً من مظاهر خداع فيها للعدالة .

وقد اعتنقت التقنينات الحديثة النظرية النفسية ، وجعلت من الغبن نظرية عامة تنطبق على جميع العقود . فقضى القانون المدنى الألمانى فى المادة ١٣٨ ببطلان التصرف القانونى الذى يستغل به الشخص حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره ، فى نظير شىء يؤديه ، على منافع مالية تزيد على قيمة هذا الشىء ، بحيث يتبين من الظروف أن هناك اختلالا فادحا (disproportion choquante) فى التعادل ما بين قيمة تلك المنافع

وقيمة هذا الشيء . وتقضى المادة ٢١ من قانون الالتزامات السويسرى بأنه فى حالة اختلال التعادل اختلالاً واضحاً (disproportion évidente) ما بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد المتعاقد الآخر ، يجوز للمتعاقد المغبون فى غضون سنة أن يعلن بطلان العقد ويسترد ما دفعه ، إذا كان قد دفع إلى هذا الغبن من طريق استغلال حاجة وقع فيها أو خفة أو عدم تجربة . وتقضى المادة ٢٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى بأنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تعادل (hors de toute proportion) مع ما حصل عليه بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يفترض تبعاً للظروف أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص الالتزامات[1] .

٢٠٤ — **التقنين المصرى الجديد** : وقدساير التقنين المصرى الجديد التقنينات الحديثة وأخذ بالنظرية النفسية فى الاستغلال ، فنص فى المادة ١٢٩ على ما يأتى :

---

(١) أنظر أيضاً التقنين الإيطالى الجديد (م ١٤٤٨ (الفقرة الاولى) والتقنين البولونى (م ٤٢) والتقنين اللبنانى (م ٢١٤) والتقنين النمساوى (م ٨٧٩) والتقنين الصينى (م ٧٤) ، وقد قدم النائبان الفرنسيان جيبال وديبان (Guibal et Dupin) إلى مجلس النواب الفرنسى فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٢٠ مشروع قانون يكمل المادة ١١١٨ من القانون الفرنسى ويضع نصاً عاماً يحرم الاستغلال فى جميع العقود ، فيقضى بأن يكون الغبن سبباً فى إبطال العقد إذا كان الاختلال فى التعادل ما بين الالتزامات التى تنشأ عنه جسيماً ، وكان هذا يرجع إلى استغلال حاجة الطرف المغبون أو خفته أو عدم تجربته (أنظر الوثائق البرلمانية الفرنسية : مجلس النواب سنة ١٩٢٠ الملحق فقرة ١١١٢ ص ١٧٨٦) . [كما أعدت جمعية الدراسات التشريعية فى سنة ١٩٢١ مشروعاً بهذا المعنى (انظر تقرير ديموج عنه فى نشرة الجمعية المذكورة لسنة ١٩٢١ ص ٢١٦ ومناقشة له فى نفس المجلة ١٩٢٢ ص ٢٥) ولكن كلا المشروعين (مشروع النائبين ومشروع جمعية الدراسات) وقفا عند هذا الحد ، إذ يبدو أن وضع قاعدة عامة مؤداها إبطال العقود بسبب الغبن ، ليس مما يسهل تقبله فى القانون الفرنسى (انظر ريبير فى انسيكلوبيدى داللوز ٣ تحت كلمة « غبن » بند ٧)] .

هذا ويستخلص من بحث أجرى فى البلاد التى تتضمن قوانينها المدنية نصوصاً عامة فى الإستغلال على النحو الذى تقدم ذكره أن هذه النصوص نادرة التطبيق ، وكان كثير من النقاد يتوقعون عكس ذلك ويخشون من أن هذه النصوص تكون مدعاة لكثرة التقاضى (أنظر مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل (Morel) فى بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وبقوتها الملزمة : باريس سنة ١٩٤٨ — ١٩٤٩ ص ٣٨٧) .

« ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » .

« ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » .

« ٣ — ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١٥ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو لاتتعادل مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يكون مفروضاً ، تبعاً للظروف ، أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضى بناء على طلب الطرف المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذى حصل من الطرف المغبون تبرعا . ٢ — ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » . وقد أدخلت لجنة المراجعة بعض تعديلات على المادة ، وأصبح رقمها ١٣٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب كما وردت فى المشروع النهائى . أما لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فقد تناقشت طويلا فى هذه المادة ، وكانت تميل فى أول الأمر إلى حذفها ، ثم اتجهت إلى تقييدها على الوجه الآتى : « ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد . ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة . ٣ — ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » . ولوحظ أن الهوى معناه الشهوة الجامحة إلا المودة والعطف ، وقد ترك تحديد العطف والهوى لتقدير القاضى . وراعت اللجنة فى التعديل الذى أجرته أن تعدل عن التوسع الذى اختاره نص المشروع وأن تجعل أساس النص قاصراً على استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح . وحذفت من الفقرة الأولى عبارة « ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعاً » لأنها من قبيل التزيد . وأضافت قيداً يتعلق بميعاد رفع الدعوى . وجاء فى ملحق لتقريرها ما يأتى : « اقترح حذف المادة ١٢٩ الخاصة بالاستغلال إذ قد يكون فى استبقائها ما يهدد المعاملات ، ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح لأن وضع أحكام خاصة فى شأن الاستغلال =

وقد حرص التقنين الجديد على أن ينص فى المادة ١٣٠ على أن « يراعى فى تطبيق المادة السابقة (م ١٢٩) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود أو بسعر الفائدة »[1]. والعقود التى يشير إليها أهمها عقد البيع إذا وقع على عقار القاصر وعقد القسمة وعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد القرض إذا اشترطت فيه الفائدة والشرط الجزائى . وسيأتى بيان ذلك عند الكلام فى هذه العقود . والمهم أن الغبن فى هذه الحالات قام على أساس النظرية المادية ، فلم يعتبر عيباً فى الرضاء بل عيباً فى العقد ، واعتد فى الشيء بقيمته

= لا يقتصر أثره على دعم الأسس الخلقية فى تنظيم المعاملات بل يجاوز ذلك إلى إقالة القضاء من عناء التحايل على النصوص وتحميل القواعد ما لا تطيق بطبعها . فالقضاء فى ظل القانون الحالى قد استنبت فكرة الإيحاء والتسلط والإغواء وتوسع فى تطبيق (الغلط فى القيمة) عندما يكون دافعاً إلى التعاقد وتوسل بشتى الوسائل لدفع الجور فى صور كثيرة من صور الاستغلال حفلت بها مجموعات الأحكام . وما من شك فى أن هذه الحالة بذاتها تعرض المتعاملين لاحتمالات من خلاف التقدير وتفاوت مزاج المجتهدين فى استحسان الخروج على القواعد العامة ولا تعين على توطيد الاستقرار فى قليل أو كثير . لذلك رأت اللجنة أن إفراد نص للاستغلال يكون أدعى إلى إدراك المتعاملين لما قد يتعرض له العقد من طعن فى نطاق ضيق واضح الحدود . ولكنها توسطت فلم تر أن يكون نطاق هذا النص رحباً على غرار نظيره فى أكثر التقنينات الحديثة ، ومنها التقنين الألمانى والسويسرى والبولونى واللبنانى والمشروع الفرنسى الإيطالى ، بل اقتصرت فيه على حالتى « الهوى الجامح والطيش البين » .

وأصبح رقم المادة ١٢٩ ، ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٨٩ — ٢٠٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٠ (مطابق) . الليبى م ١٢٩ (مطابق) . العراقى م ١٢٥ (موافق) . اللبنانى م ٢١٤ (موافق) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يراعى فى تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن فى بعض العقود وبما يسمح به القانون من سعر الفائدة » . فعدلته لجنة المراجعة على الوجه الوارد فى نص القانون الجديد ، لجعل النص أدق فى الدلالة على المعنى المقصود ، وأصبح رقم المادة ١٣٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ١٣٠ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٣ — ص ٢٠٤) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣١ (مطابق) ، الليبى م ١٣٠ (مطابق) ، العراقى م ١٢٤ (مقارب) ، اللبنانى م ٢١٤ (مقارب) .

المادية لا بقيمته الشخصية ، ووقفت النصوص فى بعض هذه الحالات عند رقم محدد التزمته عند تقدير الغبن .

فإذا تركنا جانباً حالات الغبن المتقدم ذكرها ورجعنا إلى الاستغلال فى نظريته العامة التى تتناول جميع العقود ، وهى النظرية الشخصية التى تضمنها نص المادة ١٢٩ سالفة الذكر رأينا أن للاستغلال عناصر متى توافرت ترتب الجزاء الذى نص عليه القانون .

فنحن نتكلم : (أولا) فى عناصر الاستغلال ، (وثانياً) فى الجزاء الذى يترتب عليه .

(١) عناصر الاستغلال

٢٠٥ — **العنصران الموضوعى والنفسى** : للاستغلال عنصران ، أحدهما موضوعى وهو اختلال التعادل اختلالا فادحاً ، والآخر نفسى وهو استغلال ضعف فى نفس المتعاقد .

٢٠٦ — **العنصر الموضوعى** : أوردت المادة ١٢٩ مدنى العنصر الموضوعى للاستغلال فى العبارة الآتية : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر » . وهذا هو اختلال التعادل اختلالا فادحاً كما قدمنا[١] .

ففى عقد البيع ، لا يشترط التعادل بين التزامات البائع والتزامات المشترى[٢] ، فقد يغبن أحد المتعاقدين ولا يمنع الغبن من صحة البيع . ولكن إذا اختل التعادل اختلالا فادحاً بين قيمة المبيع الذى التزم به البائع والثمن الذى التزم به المشترى ، فإن العنصر الموضوعى للاستغلال يتحقق .

وفى الوعد بالبيع ، إذا كان الواعد قد التزم مثلا ببيع منزل كبير القيمة لقاء ثمن زهيد

---

(١) [انظر : توفيق فرج بند ٨٣ ص ٢١٤ وما بعدها] .

(٢) [بهذا المعنى : نقض ٨ فبراير ١٩٥١ — مجموعة أحكام النقض ٢ ص ٣٠٦ رقم ٢/٥٩ — وانظر توفيق فرج بند ٦٢ ص ١٦٨] .

بحيث يكون التعادل بين التزام الواعد ببيع المنزل وما حصل عليه من فائدة بوعده هذا وهو الثمن الزهيد قد اختل اختلالا فادحا ، فإن العنصر الموضوعى للاستغلال هنا أيضا يتحقق .

وفى الحالة الأولى يكون الاختلال الفادح واقعاً بين التزامات أحد المتعاقدين والتزامات المتعاقد الآخر . وفى الحالة الثانية يقع الاختلال الفادح بين التزامات المتعاقد وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد .

والعبرة فى تقدير قيمة الشيء بقيمته الشخصية بالنسبة إلى المتعاقد ، لا بقيمته المادية فى ذاته . فقد تكون القيمة المادية لمنزل أربعة آلاف ، فيرغب شخص فى شرائه بخمسة آلاف لأن قيمة المنزل بالنسبة إليه تبلغ هذا الثمن[1] . فالعبرة هنا بالقيمة الثانية دون الأولى . ولو اشتراه الراغب فيه بخمسة آلاف أو بمبلغ أكبر بحيث لا يكون الاختلال فادحا بين مادفعه وما اعتبر قيمة شخصية للمنزل ، فإن العنصر الموضوعى للاستغلال لا يتحقق ، أما إذا دفع ثمناً عالياً يزيد كثيراً على هذه القيمة الشخصية ، كأن دفع ثمانية آلاف مثلا ، جاز القول بأن الاختلال فى التعادل اختلال فادح .

فالفداحة فى اختلال التعادل معيارها مادى كما نرى . ولكن هذا المعيار ليس رقماً ثابتاً ، بل هو معيار متغير تبعاً للظروف فى كل حالة[2] . فقد تتحقق الفداحة بثمانية آلاف فى المثل المتقدم ، وقد تتحقق بمبلغ أقل ، وقد لا تتحقق إلا بمبلغ أكبر . والقاضى هو الذى يقدر بأى مبلغ تتحقق . وينظر فى ذلك إلى ظروف كل من المشترى والبائع وإلى

---

(١) [ويضرب الدكتور توفيق فرج مثالا كذلك : حالة هواة التحف (انظر رسالته ص ٢٣٠)] .

(٢) [انظر حكم استئناف القاهرة فى ١٩٦١/٢/٢٨ — المجموعة الرسمية ٦٠ رقم ٦ ص ٤٢ — حيث قضى بأن مناط تطبيق المادة ١٢٩ مدنى أن تكون التزامات أحد المتعاقدين غير متعادلة البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر بحيث يختل هذا التعادل اختلالا فادحاً — وتقدير هذه الفداحة تقديراً مادياً يرجع فيه إلى ظروف كل من المتعاقدين وإلى الملابسات التى أحاطت بهذا المتعاقد الذى لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً] .

جميع الملابسات الأخرى . فالمسألة هنا مسألة واقع لا مسألة قانون ، ومحكمة النقض لا رقابة لها فى ذلك إلا من حيث قصور التسبيب ، فإذا بينت محكمة الموضوع الظروف التى جعلتها تقدر أن الاختــلال فى التعادل فادح ، وكان بيانها فى ذلك كافياً ، فلا تعقيب لمحكمة النقض . وعبء الإثبات يقع على عاتق المتعاقد المغبون ، فهو الذى عليه أن يثبت الفداحة فى اختلال التعادل[1] .

وأكثر ما يكون الاختلال فادحاً فى عقود المعاوضة المحددة (contrats commu-tatifs) ، ففيها يأخذ المتعــاقد ويعطى ، وهو يعرف على وجه محدد مقدار ما أخذ ومقدار ما أعطى ، سواء فى ذلك أخذ لنفسه أو أخذ لغيره كما فى الاشتراط لمصلحة الغير . ولـكن قد يقع ذلك أيضاً فى العقود الاحتمالية[2] ، وهى عقود تنطوى على احتمال المكسب والخسارة كما هو معروف . إذ ينبغى أن يكون هناك نوع من التعادل معقول بين احتمال المـكسب وقيمته من جهة واحتمال الخسارة وقيمتها من جهــة أخرى . فإذا كان احتمال الخسارة فى جانب أحد المتعاقدين أرجح بكثير من احتمال المـكسب ، وكان مقدار الخسارة فى الوقت ذاته لا يقل كثيراً عن مقدار المـكسب ، كان الاختلال فى التعادل فادحاً . فلو أن شخصاً أمن منزله من الحريق ، وكان المنزل بعيداً كل البعد عن التعرض لخطر الحريق ولم يؤمنه

---

(١) [والوقت الذى ينظر فيه إلى عدم التعادل هو وقت تمام العقد (توفيق فرج بند ١٠٨ — وبنفس المعنى فى الغبن : ديموج ١ بند ٤٠٣) .

وانظر فى بيان بعض الصور التفصيلية (العقد المعلق على شرط واقف — والوعد بالتعاقد — والعقد الملزم لجانب واحد — والبيع بالتقسيط) : توفيق فرج بند ١٠٩ وما بعده .

أما عدم التعادل الطارىء بعد انعقاد العقد فإنه يخرج عن نطاق نظرية الاستغلال ويتصل بنظرية الظروف الطارئة] .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وتحسن الإشارة إلى أن العقود الاحتمالية ذاتها يجوز أن يطعن فيهــا على أساس الغبن إذا اجتمع فيه معنى الإفراط ومعنى استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص١٩١) . وقد نص القانون اللبنانى صراحة على ذلك ، فجاءت الفقرة الأخيرة من المادة ٢١٤ من هذا القانون ما يأتى : « العقود الاحتمالية ذاتها قد تكون قابلة للابطال بسبب الغبن » . [وانظر توفيق فرج بند ١٠٣ ص ٢٦٠ وما بعدها] .

صاحبه إلا تلبية لطلب دائن ارتهن المنزل ، واشترطت شركة التأمين أن يدفع المؤمن له أقساطاً سنوية عالية ، احتمال خسارتها أرجح بكثير من احتمال احتراق المنزل فتقاضى تعويض عنه هو مبلغ التأمين ، ولم يكن هناك فرق كبير بين مقدار القسط السنوى وبين مبلغ التأمين ذاته ، ففى مثل هذا العقد الاحتمالى وهو عقد التأمين قد يتحقق أن يكون الاختلال فى التعادل ما بين التزامات المؤمن له والتزامات شركة التأمين اختلالا فادحاً .

ولا يمكن القول فى عقود التبرع إن هناك اختلالا فادحا فى التعادل ، لأن المتبرع يعطى ولا يأخذ . ولكن الاستغلال بالرغم من ذلك يقع فى التبرعات كما يقع فى المعاوضات . بل هو أشد وطأة فى الأولى منه فى الثانية . وإذا جاز أن يتحقق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل ، فإن الاستغلال يكون أكثر تحققاً فيما لا تعادل فيه أصلا . والفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ من القانون الجديد ، وهى تجيز فى عقود المعاوضة توقى دعوى الإبطال بتكملة البدل ، تفيد ضمناً أن الاستغلال قد يقع فى غير عقود المعاوضة أى فى عقود التبرع[1] . أما كيف يقع الاستغلال فى التبرعات فإن ذلك سهل التصور ، بل هو كثير الوقوع فعلا . فقد يتبرع شخص بجميع ماله — ويغلب أن يتم ذلك عن طريق هبة فى صورة بيع — لزوجته الثانية وأولاده منها ، مضيعاً بذلك على زوجته الأولى وأولاده منها ميراثهم الشرعى ، ويكون هذا التبرع قد صدر نتيجة لاستغلال زوجته الثانية ضعفه أو هواه . وهنا لا يقال إن التعادل مختل اختلالاً فادحاً . بل يقال إنه غير موجود أصلا ، فالمتبرع أعطى دون مقابل ، وهو لم يرض بهذا التبرع إلا نتيجة استغلال لطيشه البيّن أو لهواه الجامح .

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن النص الآتى : « ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعا » ، ولكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذا النص لأنه من قبيل التزيد ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٠٤ فى الهامش) . وبقيت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ وهى تفيد ضمناً كما رأينا أن الاستغلال قد يقع فى عقود التبرع .

[انظر رسالة الدكتور توفيق فرج بند ٩٤ وما بعده وبخاصة بند ٩٩ وبند ١٠٢ — والدكتور عبد الحى حجازى : نظرية الالتزام طبعة ١٩٥٤ جـ ٢ ص ٣١٦ — وهما يشيران إلى أن نص المادة ١٢٩ قد يوحى بأن نظرية الاستغلال مقصورة على عقود المعاوضات وأنه كان يحسن أن نعالج الاستغلال فى عقود التبرعات بنص مستقل] .

بل قد يجاوز الاستغلال العقود إلى التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد ، كما إذا أوصى شخص بجميع ما يملك الإيصاء به لشخص استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، فالوصية هنا يعيبها الاستغلال ، وهى ليست عقداً بل عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد .

٢٠٧ – *العنصر النفسى* : أما العنصر النفسى للاستغلال[1] فقد أوردته المادة ١٢٩ مدنى فى العبارة الآتية : « وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً » . وكان المشروع التمهيدى لهذا النص يجرى على الوجه الآتى : « بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف » . ثم أصبح نص المشروع النهائى كما يأتى : « وتبين أن المتعاقد المغبون قد استغل طيشه أو حاجته أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه ، أو تبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف » . ويلاحظ أن المشروعين التمهيدى والنهائى قد توسعا فيما يصح أن يستغل فى المتعاقد المغبون : الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك . بل ذهبا إلى مدى أبعد ، فصرحا بأن العبرة فى كل هذا ألا يكون رضاء المتعاقد المغبون قد صدر عن اختيار كاف . والمشروعان فيما توسعا فيه يتفقان مع التقنينات الأجنبية الحديثة التى تضمنت نصوصاً عامة فى الاستغلال ، وقد سبقت الإشارة إليها ، ورأيناها تستعمل الألفاظ ذاتها . ولكن عند ما عرض المشروع النهائى على لجنة مجلس الشيوخ آثرت اللجنة ألا تتوسع فى الاستغلال توسع التقنينات الأجنبية ، وأن تقتصر فيما يصح أن يستغل على الطيش والهوى ، مع اشتراط أن يكون الطيش بيناً والهوى جامحاً ، إمعاناً فى تضييق الدائرة التى يطبق الاستغلال فيها ، خشية من التحكم ، ورغبة فى انضباط التعامل

---

(١) [انظر : الدكتور توفيق فرج بند ١١٣ ص ٢٨٣ وما بعدها — وبند ١٢٢ ص ٣١٢ وما بعدها] .

واستقراره[١] .

فالعنصر النفسى فى الاستغلال ينحصر إذن فى أن أحد المتعاقدين يستغل فى المتعاقد الآخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً . وفى القضاء المصرى أمثلة بارزة على ذلك . فكثيراً ما يعمد رجل طاعن فى السن إلى الزواج من امرأة لا تزال فى مقتبل عمرها ، وليس من النادر أن تعمد الزوجة إلى استغلال ما تلقاه عند زوجها من هوى ، فتستكتبه من العقود لنفسها ولأولادها ما تشاء ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك . وقد تتزوج امرأة غنية من زوج شاب عن ميل وهوى ، فيعمد الزوج إلى استغلال الزوجة وابتزاز مالها عن طريق عقود يمليها عليها . وقد تشترى امرأة حريتها من زوج قديم تؤثر عليه زوجاً جديداً ، فيطلقها الزوج القديم لقاء مبلغ طائل من المال . وقد يلقى الطيش والنزق بشاب ورث مالا كثيراً فى أيدى المرابين والمستغلين ، فيستكتبونه من العقود ما يجرده من الكثير من ماله ، وهم يستغلون فى ذلك نزقه الشديد وطيشه البين . كل هذه أمثلة ننتزعها من حياتنا المصرية لندلل بها على أن الاستغلال ليس بالأمر النادر ، بل هو شىء يقع فى الحياة ، وإذا وقع كان القضاء فى أشد الحاجة إلى نص يعالج به ما يعرض له من الأقضية فى ذلك[١] . وهو إذا ترك إلى

---

(١) وقد ترتب على تضييق الدائرة التى يطبق فيها الاستغلال أن أصبحت المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى — وهى المادة التى حذفت من المشروع النهائى وتعرض كما أسلفنا لحالات خاصة فى الإكراه هى حالة الخوف من المطالبة بحق وحالة النفوذ الأدبى وحالة الضرورة — نصاً كان من المفيد استبقاؤه لأن نظرية الاستغلال أصبحت بعد هذا التعديل تضيق بالحالات المشار إليها . وقد قدمنا أنه يمكن اعتبار المادة ١٧٨ المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإكراه ، فيستغنى عنها بتطبيق هذه القواعد .

(٢) وقد عرضت فعلا هذه الأقضية وأمثالها على المحاكم المصرية فى ظل القانون القديم فكانت تعالجها فى بعض الأحوال معالجة ناقصة عن طريق تطبيق القواعد العامة (فى الإكراه) أو عن طريق تطبيق قواعد العدالة ، وفى أحوال أخرى كانت تسير وراء القضاء الفرنسى فى نظرية الاستهواء والتسلط على الإرادة التى سيأتى ذكرها فيما يلى :

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأنه إذا كان الحكم قد بنى قضاءه ببطلان عقد البيع على فساد رضاء البائع لكونه متقدماً فى السن ومصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أيضاً أن تضعف إرادته فيصير سهل الانقياد خصوصاً لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم ، فإنه لا سبيل إلى الجدل فى ذلك لدى محكمة النقض لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع الدعوى (٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٩ ص ٢٩٦) . وقضت فى حكم ثان بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت من وقائع الدعوى وظروفها أن =

القواعد العامة يتلمس العـــلاج فى عيب بالذات من عيوب الرضاء ، أو يتلمسه فى قواعد العدالة ، كما كان يفعل من قبل فى ظل القانون القديم ، فإنه لا يلبث أن يضطرب عليه

= السند المطالب بقيمته صدر من المورث بمحض إرادته واختياره ، ولم يؤخذ منه بالاستهواء أو بالتسلط على الإرادة وكان هـذا الاستخلاص سائغاً ، فلا تدخل لمحكمة النقض لأن ذلك من سلطة قاضى الموضوع (٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢) . وفى قضية ثالثة كانت الزوجة تريد أن يطلقها زوجها حتى تتزوج من آخر ، فاستغل الزوج هذه الظروف ، وحصل من زوجته على مال وسندات ومنزل وعقد توكيل وعقد إيجار بما تناهز قيمته خمسين ألفاً من الجنيهات ، ثم طلقها ، ولما طعنت الزوجة فى هذا التصرف ، قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن ما أعطته الزوجة لزوجها يعتبر بدل خلع ، ولـكن الزوجة كانت فى حالة اضطرار عند تقرير هذه الالتزامات بذمتها ، وأن الرأى الصواب الذى يتحقق به العدل (أى تطبيقاً لقواعد العدالة) هو تخفيض هذه الالتزامات إلى الحد المناسب (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ ص ٧٢٣) . وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم على أساس أن بدل الخلع فى الشريعة الإسلامية يجب أن يكون مقترناً بصيغة الطلاق وأن المسألة على كل حال يجب أن تحال على القضاء الشرعى للفصل فيهـا (نقض مدنى فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٦ ص ١٧٨) . وقد أعيدت القضية إلى محكمة الاستئناف ولـكن الخصوم لم يروا السير فى الدعوى الشرعية التى قضت محكمة النقض أن تقف الدعوى المدنية بسببها ، واتفقوا على تسوية النزاع فيما بينهم .

وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا ثبت أن سند دين صدر من شخص وهو فى حالة مرضية كانت حياته فيها مهددة بالخطر مما جعله يفكر فى الانتحار ويحاوله مراراً وينتحر بالفعل ، فضلا عن كونه فى حالة عقلية تجعله مسلوب الإرادة ، فتعاقده غير مبنى على رضاء صحيح ، ولا تلزم ورثته بوفاء ما تعهد به فى هذا السند (٣١ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٨٦ ص ١٦٧) . وقضت محكمة مصر الـكلية الوطنية بأنه إذا استغل أحد المتعاقدين حالة الاضطرار التى وجد فيها المتعاقد الآخر للوصول إلى غرض غير مشروع أى إلى التزام باهظ ، فالعقد يكون باطلا للاكراه ، فإذا صدرت عدة تعهدات تحت تأثير ضغط الإرادة ونتيجة استغلال رغبة جامحة ، فللمحكمة إقرار التعهدات التى أجازها المتعهد بمحض اختياره بعد زوال الإكراه والحكم ببطلان ما لم يجزه منها صراحة أو ضمناً (أول ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٦١ ص ٣٤٣) — انظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ ص ١١٧١ — ومحكمة أسيوط الـكلية فى ١٢ يونية سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ ص ٢٦١ .

هذا ولما كان القانون المدنى الفرنسى لا يتضمن نصاً عاماً فى الاستغلال ، فقد خلق الفقه والقضاء الفرنسيان نظرية الاستهواء (Captation) أو الاستغواء (séduction) . وقد قصراها على عقود التبرع دون عقود المعاوضة . ولا نرى فرقاً بين نظرية الاستغلال فى عقود المعاوضة ونظرية الاستهواء فى عقود التبرع . والجزاء فى الحالتين واحد هو قابلية العقد للابطال . والأولى إدماج نظرية الاستهواء فى نظرية الاستغلال واعتبارهما نظرية واحدة . وقد رأينا القضاء فى مصر يلجأ إلى نظرية الاستهواء عند ما كانت نظرية الاستغلال تعوزه (نقض مدنى فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر : رقم ٥٥ ص ١٥٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم — قارن استئناف مختلط فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٧ =

الأمر ، ويكون بين أن يفسر النصوص على غير ما وضعت له ، أو أن يتحرر منها فينفلت إلى تيه ليست فيه معالم مستقرة ولا ضوابط يسترشد بها فى خطاه .

ويلاحظ أن هذا العنصر النفسى يقتضى أن يكون المتعاقد المغبون « لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً » . ومعنى هذا إن يكون الاستغلال قد وقع من المتعاقد الآخر ، وأن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد . ويترتب على ذلك أمران : (أولهما) أن إرادة المستغل تكون إرادة غير مشروعة ، فإنها انصرفت إلى استغلال المتعاقد المغبون ، وهذا عمل غير مشروع[1] . وإذا كان المستغل لا يد له فيما أصاب المتعاقد المغبون من طيش أو هوى ، إلا أنه قد استغل فيه ما أصابه من ذلك ، وهذا ما يجعل الاستغلال قريباً من الإكراه إذا تهيأت ظروفه مصادفة على ما مر بنا[2] . (والأمر الثانى) أن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة ، فهى إرادة ضلل بها الطيش البين أو ضغط عليها الهوى الجامح ، وقد دفع بها الاستغلال إلى التعاقد ، فالمعيار هنا معيار نفسى كما هو الأمر فى سائر عيوب الرضاء[3] .

ووقوع الاستغلال دافعاً إلى التعاقد مسألة واقع لا مسألة قانون ، فلا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن الوصف القانونى لوقائع الاستغلال ، وأن ما يصح استغلاله مقصور على الطيش البين والهوى الجامح ، مسألة قانون تبسط عليها محكمة النقض رقابتها .

= م ٥٩ ص ١٦٧ — وانظر آنفاً فقرة ١٩٧ فى الهامش) . ويرى الدكتور وديع فرج فى مذكرات له غير مطبوعة التفريق ما بين نظرية الاستغلال ونظرية الاستهواء ، ويذهب فى هذا إلى مدى بعيد ، ويقول إن الجزاء فى الاستغلال هو البطلان النسبى أما الجزاء فى الاستهواء فهو البطلان المطلق (أنظر ص ١٣٨ من هذه المذكرات) .

(١) أنظر سالى فى إعلان الإرادة باريس سنة ١٩٢٩ فقرة ٩٨ على المادة ١٣٨ من القانون الألمانى .

(٢) أنظر سالى المرجع المتقدم فقرة ٩٩ (م ١٣٨ ألمانى) . وانظر آنفاً فقرة ٢٠١ .

(٣) [ويلاحظ أن هذه الشروط التى تتطلبها المادة ١٢٩ مدنى لا تلزم فى حالة استغلال السفه أو الغفلة (المادة ٢/١١٥) لأن المقصود بالمادة ٢/١١٥ هو الاستغلال بالمعنى العام . (انظر رسالة الدكتور توفيق فرج ص ٢٩٦ بند ١١٧ والدكتور حشمت أبو ستيت — طبعة ١٩٥٤ ص ١٣٧ بند ١٤٨)] .

وعلى المتعاقد المغبون يقع عبء إثبات هذا العنصر النفسى ، إذ هو عنصر مستقل عن العنصر المادى ، لا مستخلص منه ولا مفروض . والنص صريح فى هذا المعنى إذ يقول : « وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً » . وهذا بخلاف نص المشروع التمهيدى الذى يجعل العنصر النفسى مفروضاً بوجود العنصر المادى فيقول : « بحيث يكون مفروضاً تبعاً للظروف أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته . . . » .

٢٠٨ — علاقة الاستغلال بعيوب الرضاء : قدمنا أن العنصر النفسى يقتضى أمرين : إن إرادة المتعاقد المستغل تكون إرادة غير مشروعة ، وأن إرادة المتعاقد المغبون تكون إرادة معيبة[١] .

فإذا نحن اعتبرنا الأمر الأول ، كان العقد الذى أملاه الطرف المستغل عقداً غير مشروع . وإذا نحن اعتبرنا الأمر الثانى ، كان هذا العقد ذاته — الذى لم يرض به الطرف المغبون إلا عن ضلال من طيشه أو ضغط من هواه — عقداً قد داخله عيب من عيوب الرضاء .

بالاعتبار الأول أخذ القانون الألمانى (م ١٣٨) ، وجعل عقد المستغل باطلا بطلاناً مطلقاً لمنافاته للآداب[٢] . وبالاعتبار الثانى أخذت التقنينات الحديثة الأخرى ومعها القانون

---

(١) [يرى العلامة ريبير — فيما يتعلق بالغبن — أن إبطال العقود للغبن يتراوح بين فكرتين : (أولاهما) أن الغبن قرينة على وجود عيب فى رضا المغبون (غلط — سواء أكان غلطاً تلقائياً أم ناشئاً عن تدليس — أو إكراه) . وإن الجسامة المطلوبة فى الغبن إنما هى مظهر يؤكد هذه القرينة . وبهذه المثابة لا يكون الغبن بذاته هو سبب الإبطال بل هو دليل على وجود هذا السبب ، وهو عيب الرضا .

أما (الفكرة الثانية) فمؤداها أن مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة يعيب العقد بصرف النظر عن وجود أو عدم وجود عيب فى الرضا . ذلك بأن التعادل أمر تقتضيه العدالة وانعدامه مناف للأخلاق .

(انظر ريبير فى انسيكلوبيدى دالوز ٣ تحت كلمة « غبن » بند ٨) . وانظر فى اعتبار الغبن افتراضاً لعيب فى الرضا (دى باج جـ ١ بند ٦٨ — ٦٩ وبيدان جـ ٨ بند ٢٤٧ وديموج جـ ١ بند ٣٩٤ — ٣٩٧) . وانظر فى الانتقال من فكرة الغبن إلى فكرة الاستغلال دى باج جـ ١ بند ٧٣ وهامش ١ فى صحيفة ٧٣ . (ويراجع فى القانون المقارن : ديموج جـ ١ بند ٤٥٦ وما بعده — ودى باج بند ٧٣)] .

(٢) أنظر سالى المرجع المتقدم فقرة ٩٥ — فقرة ٩٧ (م ١٣٨ ألمانى) .

المصرى الجديد ، وجعلت العقد قابلاً للابطال أو للانقاص لعيب فى إرادة المتعاقد المغبون [1] .

ويعنينا هنا أن نقف عند الاعتبار الثانى ، وهو الذى أخذ به قانوننا المصرى الجديد مقتفياً فى ذلك أثر المشروع الفرنسى الإيطالى وكثير من التقنينات الحديثة . فالاستغلال ، وفقاً لهذا الاعتبار ، لاينظر إليه على أساس أنه عمل غير مشروع صادر من الطرف المستغل ، بل على أساس أنه عمل من شأنه أن يعيب إرادة الطرف المغبون . ذلك أن المتعاقد المغبون إذا هو استغل فيه طيشه البين كان مضللا ، وكان العيب يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى التدليس أو الغلط . وإذا ما استغل فيه هواه الجامح ، كان العيب الذى يداخل إرادته أقرب ما يكون إلى الإكراه . والأمر فى كل ذلك واضح ، فإن المتعاقد المغبون لا يتصور أن يكون قد قبل هذا الغبن الفاحش الذى يختل به التعادل بين ما أخذ وما أعطى اختلالا فادحاً ، إلا أن يكون قد وقع فى تدليس أو غلط فى حالة الطيش البين ، أو أن يكون ضحية إكراه فى حالة الهوى الجامح . ولكن الغلط والتدليس والإكراه فى حالات الاستغلال عيوب لا تتميز تميزاً كافياً حتى يقام الدليل عليها ، بل هى عيوب مفترضة ، ويكفى فى افتراضها أن يقوم الدليل على الاستغلال بعنصريه المادى والنفسى . لذلك لم يقتصر الجزاء فيها على قابلية العقد للابطال ، بل وضع بديلا عن هذا الجزاء فى بعض الأحوال جزاء آخر هو قابلية العقد للانقاص ، وجعلت المدة التى ترفع فيها دعوى الإبطال أو دعوى الإنقاص سنة واحدة من تاريخ العقد . فخالفت دعوى الإبطال للاستغلال ،

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لم يأخذ المشروع بمذهب التقنين الألمانى فيما يتعلق باستغلال المتعاقد ، بل اقتفى أثر المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس معنى هذا التقنين (الألمانى) أن المغبون قد خضع لتأثير لم يستطع التغلب عليه بإرادته . وإلا كان من أثر ذلك إلحاق الاستغلال بعيوب الرضاء . ولكن يعيبه أمر مختلف هو أن الطرف الآخر قد استغل فيمن تعاقد معه ما قام به من ضعف وما اشتد عليه من عوز . فليس ينطوى الأمر على عيب فى الرضاء ، بل هو ينطوى على عمل مخالف للآداب صدر من المتعاقد الذى حصل على منفعة لا تتناسب مع التزاماته . ولذلك كان الجزاء هو البطلان المطلق لا البطلان النسبى ... تلك وجهة التقنين الألمانى . وقد آثر المشروع اطراحها واتباع ما اختاره المشروع الفرنسى الإيطالى فى هذا الصدد . فلم يعتبر الغبن عملا مخالفاً للآداب . بل اعتبره عيباً من عيوب الرضاء يستتبع وجوده بطلان العقد بطلاناً نسبياً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٩٠ — ص ١٩١) .

بهذا وذلك ، دعاوى الإبطال الأخرى التى تترتب على الغلط والتدليس والإكراه . وهذا ما نتولى الآن بيانه .

ب — الجزاء الذى يترتب على الاستغلال

٢٠٩ — دعويان : إذا توافرت شروط الاستغلال التى أسلفنا ذكرها « جاز للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد » . ويتبين من ذلك أن القانون يرتب على الاستغلال إحدى دعويين : دعوى إبطال ، ودعوى إنقاص .

وسواء طلب المتعاقد المغبون الإبطال أو طلب الإنقاص[١] ، فإنه يجب أن يرفع دعواه فى « خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة » (م ١٢٩ فقرة ثانية) . والسنة هنا ميعاد لرفع الدعوى لا مدة للتقادم ، فإذا انقضت السنة دون أن يرفع المتعاقد المغبون دعواه ، ورفعها بعد ذلك ، كانت الدعوى غير مقبولة كما يقضى بذلك صريح النص[٢] . ويقال عادة فى هذا الصدد إن السنة ميعاد إسقاط (déchéance) لا ميعاد تقادم (prescription) . والفرق بين الميعادين أن ميعاد الإسقاط لا ينقطع ولا يقف ، بخلاف ميعاد التقادم فيرد عليه الانقطاع والوقف . وتبدأ السنة من وقت تمام العقد[٣] ، وتحسب بالتقويم الميلادى (م ٣ من القانون الجديد) .

---

(١) [أى إن التمسك بالاستغلال معلق على رغبة المغبون ، الذى يمكنه أن يجيز العقد ، أو أن يتمسك بإبطاله أو بطلب إنقاصه . انظر فى ذلك وفى إجازة المغبون للعقد فى حالة الاستغلال : توفيق فرج بند ١٤٠ ص ٣٤٥] .

(٢) [ويقرر الدكتور توفيق فرج — ص ٣٥٨ بند ١٤٦ — أن ميعاد السنة ينطبق أيضاً بالنسبة للبطلان الذى يثار فى صورة دفع] .

(٣) [وينتقد بعض الشراح هذا الحكم . لأن احتساب السنة من وقت تمام العقد قد يفوت على المغبون حقه فى الطعن أحياناً — إذ أن حالة الطيش أو الهوى قد تستمر حتى بعد انقضاء سنة من التعاقد . انظر الدكتور أنور سلطان : النظرية العامة للالتزام ج ١ بند ١٦٣ — ورسالة الدكتور توفيق فرج ص ٣٥٦ بند ١٤٥] .

والحكمة فى أن القانون جعل ميعاد رفع الدعوى فى الاستغلال مدة قصيرة ، وجعله ميعاد إسقاط لا ينقطع ولا يقف ، هى الرغبة فى حسم النزاع بشأن العقود التى يداخلها الاستغلال ، فلا يبقى مصير العقد معلقاً مدة طويلة على دعوى مجال الادعاء فيها واسع فسيح . وفى هذا حماية للتعاقد واستقرار للتعامل . أما دعوى الإبطال فى الغلط والتدليس والإكراه فسنرى أنهـا لا تسقط إلا بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال (م ١٤٠) ، وهذه المدة هى فوق ذلك مدة تقادم لا ميعاد إسقاط ، فيجوز أن تطول إذا قام بها سبب من من أسباب الانقطاع أو الوقف . والعلة فى ذلك أن الطعن فى العقد بالغلط أو بالتدليس أو بالإكراه أمر من الميسور نسبياً تبين وجه الحق فيه ولو طال الزمن إلى ما بعد السنة ، فإن كلا من الغلط والتدليس والإكراه شىء يستطاع التثبت من وجوده بأيسر مما يستطاع التثبت من وجود الاستغلال[1] .

٢١٠ — دعوى الإبطال : وإذا اختار المتعـاقد المغبون دعوى الإبطال جاز للقاضى أن يجيبه إلى طلبه فيبطل العقد إذا رأى أن الاستغلال عاب رضاء المتعاقد المغبون إلى حد أن أفسد هذا الرضاء ، وأن المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد أصلاً لولا هذا الاستغلال . أما إذا رأى القاضى أن الاستغلال لم يفسد الرضاء إلى هذا الحد ، وأن المتعاقد المغبون كان دون استغلال يبرم العقد لو أن التزاماته لم تكن باهظة ، رفض القاضى إبطال العقد ، معاوضة كان أو تبرعاً ، واقتصر على إنقاص الالتزامات الباهظة على الوجه الذى سيأتى بيانه . والخيار ما بين إبطال العقد وإنقاص الالتزامات يسترشد فيـه القاضى بملابسات القضية وظروفها ، فالمسألة إذن مسألة واقع لا معقب عليها من محكمة النقض .

ودعوى الإبطال للاستغلال يجرى عليها أحكام دعاوى الإبطال الأخرى ، وسيأتى

---

(١) ولم يكن المشروع التمهيدى يفرق فى هـذا الصدد ما بين دعوى الإبطال فى الغلط والتدليس والإكراه ودعوى الإبطال أو الإنقاص فى الاستغلال ، فكل هذه الدعاوى كانت تتقادم بثلاث سنوات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٧) . ولـكن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أدخلت التعديل الذى يقضى بهذا التفريق كما مر بنا (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٠ — ص ٢٠١) .

ذكر هذه الأحكام عند الكلام فى بطلان العقد . ولكنها تتميز عن سائر هذه الدعاوى فى أمرين :

(الأمر الأول) المدة التى ترفع فيها الدعوى[1]، وقد مر ذكر ذلك .

(والأمر الثانى) أن الطرف المستغل[2] يجوز له أن يتوقى الحكم بالإبطال فى عقود المعاوضات إذا هو عرض على الطرف المغبون ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن . وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ١٢٩ على هذا الحكم فقالت : « ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » . فإذا كان العقد معاوضة كالبيع ، وطلب البائع المغبون إبطاله للاستغلال ، جاز للمشترى أن يعرض زيادة فى الثمن ترفع الغبن عن البائع . فإذا رأى القاضى أن الزيادة التى عرضها المشترى تكفى لرفع الغبن ، اكتفى بها وامتنع عن إبطال العقد . ومقدار الزيادة الذى يكفى لرفع الغبن يرجع إلى تقدير القاضى . ولا يشترط أن تكون الزيادة بحيث تجعل الثمن معادلا لقيمة الشىء ، بل يكفى أن تكون بحيث تجعل الغبن الذى يتحمله البائع لا يصل إلى حد الغبن الفاحش . وينظر القاضى فى تقدير ذلك إلى ملابسات القضية وظروفها ، ولا تعقب عليه محكمة النقض ما دام التسبيب وافياً . وغنى عن البيان أن ما قدمناه من دفع زيادة ترفع الغبن لتوقى دعوى الإبطال لا ينطبق على عقود التبرع ، فإن من تلقى التبرع لم يدفع أى مقابل تصح زيادته لرفع الغبن .

٢١١ — دعوى الإنقاص[3] : وإذا اختار المتعاقد المغبون إنقاص التزاماته الباهظة

---

(١) [وطبيعة هذه المدة (فهى ميعاد اسقاط) مغايرة لطبيعة المدة فى حالة عيوب الرضا الأخرى (فهى مدة تقادم) كما سبق القول (بند ٢٠٩) : انظر توفيق فرج بند ١٤٣ ص ٣٥٣] .

(٢) [انظر توفيق فرج ص ٣٣٨ بند ١٣٥ حيث يرى أنه كما يجوز ذلك للطرف المستغل فإنه يجوز لمن تلقى الحق عنه] .

(٣) [جرى القضاء الفرنسى على تخفيض المقابل الباهظ فى بعض العقود (التى تتضمن اتفاقاً على تقدير أجر لبعض الخدمات — كعقد الوكالة والسمسرة) — أى أنه قد وصل إلى نفس الحل الذى قرره تقنيننا المدنى من إجازة رفع دعوى الإنقاص إلا أن تبرير هذا الحل كان محلا لخلاف كبير، وعرضت فى شأنه عدة=

ورفع من بادىء الأمر دعوى الإنقـاص ، أو رفع دعوى الإبطال ولـكن القاضى رأى الاقتصار على إنقاص التزاماته ، قضى بإنقاص هذه الالتزامات إلى الحد الذى لا يجعلها باهظة[1] . وهذا أيضاً موكول لتقدير القاضى ينظر فيه وفقاً لملابسات القضية وظروفها ، كما هو الشأن فى الزيادة التى يعرضها الطرف المستغل لرفع الغبن فيما مر بنا . والمسألة هنـا أيضاً مسألة واقع لا رقابة لمحـكمة النقض عليها . ففى البيع المشوب بالاستغلال إذا رفع البائع المغبون دعوى الإنقاص ، أو رفع دعوى الإبطـال ولـكن رؤى الاقتصار على الإنقاص جاز للقاضى أن ينقص من المبيع القدر الذى يراه كافياً لرفع الغبن الفاحش عن البائع . ولا يشترط هنا أيضاً أن يكون الباقى من المبيع معادلا للثمن ، بل يكفى ألا يكون هناك غبن فاحش إذا قوبل هذا الباقى بالثمن .

ولا يجوز وقت النظر فى إنقاص التزامات البائع الباهظة أن يعدل القاضى عن إنقاص التزامات البائع إلى الزيادة فى التزامات المشترى ، بأن يزيد فى مقدار الثمن بدلا من أن ينقص فى قدر المبيع ، فإن نص القانون لا يجيز ذلك ، ولأنه إذا كان إنقاص مقدار المبيع لا يؤذى البائع بل يرفع عنه الغبن ، فإن الزيادة فى الثمن قد تؤذى المشترى إلى حد أن يؤثر العدول عن الصفقة . وإنما تجوز الزيادة فى الثمن إذا رغب المشـترى نفسه فى ذلك بأن ترفع عليه دعوى الإبطال فيتوقاها بعرض زيادة فى الثمن يراها القاضى كافية لرفع الغبن كما مر .

ويجوز الإنقاص فى عقود التبرع التى داخلها الاستغلال كما يجوز الإبطال ، وينقص القاضى التبرع إلى الحد الذى ينتفى معه أثر الاستغلال .

= نظريات (انظر رسالة الدكتور توفيق فرج بند ٦٣ — ٧٠) ولئن كان من الصعب تأصيل هذا القضاء فى فرنسـا ، إلا أنه مستقر ويبدو أن النزعة الأخلاقية هى التى أوحت به وساعدت على تقبله (ريبير فى انسكلوبيدى دالوز جـ ٣ تحت كلمة «غبن» بند ٢٧) وانظر Perrin فى إنقاص الالتزامات الباهظة — رسالة من باريس ١٩٠٥] .

(١) وإذا صح للقاضى أن يحكم بالإنقاص ولو طلب المتعاقد المغبون الإبطال ، فإنه لا يصح له أن يحكم بالإبطال إذا طلب المتعاقد المغبون الإنقاص . لأن هـذا قد قدر مصلحته واقتصر على الإنقاص ، فلا يصح للقاضى أن يحكم بالإبطال وإلا اعتبر أنه قد قضى للخصم بأكثر مما طلب . ويبقى القاضى متقيداً بطلب الإنقاص إذا تقدم به المتعاقد المغبون حتى لو كان الطرف الآخر آثر على إنقاص العقد إبطاله ، ذلك أنه لا يستطيع أن يطلب إبطال عقد استغل هو فيه الطرف المغبون .

٢١٢ — دفع ماوجه من اعتراضه على نظرية الاستغلال : خشى كثيرون من هذا النص العام الذى ورد فى القانون الجديد عن الاستغلال ، ورأوا فيه ما يعرض التعامل إلى التقلقل وعدم الاستقرار ، وحسبوا أنه سيكون مصدراً لكثير من المنازعات والدعاوى . ولا نرى ما يبرر هذا التخوف ، فإن القضاء المصرى قد واجه فعلا أقضية الاستغلال فى الأمثلة التى قدمناها ، وعالجها بالقدر الذى استطاع عن طريق تطبيق القواعد العامة . وقد رأينا أن القواعد العامة لا تكفى هنا ، وأن نصاً عاماً فى الاستغلال ، لا سيما إذا شمل هذا النص حالات الاستهواء أيضاً ، تفرضه الضرورة وتوجبه مقتضيات التعامل. فيواجه القاضى ما يعرض له فعلا من حالات الاستغلال بنص صالح تنضبط به المعاملات ، وتنقطع معه أسباب الخلاف والتردد .

والغريب أن خصوم نظرية الاستغلال يناقض بعضهم بعضاً . ففريق منهم يرى أن هذا النص العام فى الاستغلال سيكون مصدراً لكثرة المنازعات والدعاوى[1] . وفريق آخر يقول على النقيض من ذلك إن النص نادر التطبيق ، وإن أقضية الاستغلال التى طرحت أمام المحاكم فى البلاد التى اشتملت قوانينها على هذا النص كانت من القلة بحيث أصبح النص عديم الجدوى[2] . وسنرى ما يصير إليه الأمر فى مصر بعد أن تطبق المحاكم المصرية النص الذى اشتمل عليه القانون الجديد[3] .

---

(١) ومن هؤلاء الدكتور وديع فرج إذ يقول فى مذكراته غير المطبوعة (ص ١٣٤) ما يأتى : « ولا أبالغ إذا قلت إن هذا النص الخاص بالاستغلال سيعرض المعاملات لشىء كبير من القلقلة وعدم الاستقرار ، وسيكون مصدراً غزيراً للمنازعات والدعاوى » .

(٢) أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه باريس سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٢٧١ — وانظر أيضاً مذكرات غير مطبوعة للأستاذ مورل Morel فى بعض مسائل متعلقة بتكوين العقود وبقوتها الملزمة : باريس سنة ١٩٤٨ — سنة ١٩٤٩ ص ٣٨٧ (وقد سبقت الإشارة اليها آنفاً فقرة ٢٠٣ فى الهامش) .

(٣) وغنى عن البيان أن العقود التى تكون قد أبرمت قبل نفاذ القانون المدنى الجديد يسرى عليها القانون القديم ، فلا تطبق بالنسبة إليها قواعد الاستغلال التى مر ذكرها ، بل يقتصر فيها على تطبيق القواعد العامة على الوجه الذى كان معمولا به فى القانون القديم . أما العقود التى تكون قد أبرمت منذ نفاذ القانون الجديد (أى منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فهذه هى التى تسرى عليها المادة ١٢٩ من هذا القانون .

الفرع الثانى

المحـل
L'Objet

٢١٣ — تعريف محل الالتزام: محل الالتزام هو الشىء الذى يلتزم المدين القيام به. والمدين يلتزم كما قدمنا إما بنقل حق عينى أو بعمل أو بالامتناع عن عمل[(١)] .

والالتزام بنقل حق عينى إنما هو التزام بعمل . ولـكن لما كان الأصل أن هذا الالتزام يتم تنفيذه بمجرد نشوئه ، فقد صار من المألوف أن يقال إن محل الالتزام بنقل حق عينى هو هذا الحق العينى ذاته . فإذا كان الحق العينى حق ملـكية امتزج بالشىء المملوك وأصبحا شيئاً واحداً ، فصار الالتزام بنقل الملـكية محله هو الشىء ذاته الذى تنتقل ملـكيته .

٢١٤ — الشروط الوجب توافرها فى محل الالتزام : يستخلص من نصوص التقنين الجديد (م ١٣١—١٣٥) أن محل الالتزام يجب أن يكون : (١) موجوداً إذا كان شيئاً (أى محلا لالتزام بنقل حق عينى) . أو ممكناً إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل . (٢) معيناً أو قابلا للتعيين . (٣) قابلا للتعامل فيه[(٢)] .

---

(١) [انظر دى باج ﺟ ١ بند ٨٣ ص ٩٣ وما بعدها — بيدان ﺟ ٨ بند ١٦٢ ص ١٢٢ — وفى الفقه المصرى : حشمت أبوستيت طبعة ١٩٥٤ بند ٢٠٢ ص ١٩٠ — سليمان مرقس فقرة ١٣٣ ص ١٧٤ — أنور سلطان فقرة ١٦٥ ص ٢٠٧ — وعبد الحى حجازى (النظرية العـامة للالتزام ١٩٦٢ ﺟ ١ ص ٢٠٥ بند ١١٣ وما بعده) ، عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٩٨ ص ٢٣٠ .

ويأخذ الدكتور حجازى والدكتور الصدة بالتمييز بين محل الالتزام وهو الأداء الذى يجب على المدين أن يقوم به ، ومحل العقد وهو العملية القانونية التى يراد تحقيقها من وراء ذلك ، وهما يشيران إلى أن العقد قد يقع باطلا لأن العملية المقصودة منه يحرمها القانون ، كما فى تحريم التعامل فى تركة مستقبلة — مع أن محل كل التزام من الالتزامات التى يولدها العقد يكون فى حد ذاته صحيحاً .

وانظر فى التمييز ما بين محل الالتزام ومحل العقد : بيدان ﺟ ٨ بند ١٦٤ وما بعده ، وهو يضرب مثالاً لذلك عقد الشركة الذى يختلف فيه محل التزام كل من الشركاء ، عن محل العقد وهو استثمار المـال المشترك فى التجارة (بند ١٨٦)] .

(٢) اقتصر التقنين المدنى القديم فى الـكلام على المحل على نص واحد ، هو المـادة ١٤٩/٩٥ .

المبحث الأول

المحل موجود أو ممكن

١ — المحل موجود

٢١٥ — معنى الوجود : إذا كان الالتزام محله نقل محل عيني . فالشيء الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك .

وقد يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلا لا على شيء ممكن الوجود فإذا لم يكن الشيء موجوداً فى هذه الحالة — حتى لو أمكن وجوده فى المستقبل — فإن الالتزام لا يقوم . كذلك يكون الحكم إذا وجد الشيء ثم هلك قبل نشوء الالتزام . أما إذا هلك بعد نشوء الالتزام ، فإن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود ، ويكون العقد بعد ذلك قابلا للفسخ إذا تسبب عن هلاك الشيء عدم قيام أحد المتعاقدين بما التزم به .

فإذا لم يقصد المتعاقدان أن يقع الالتزام على شيء موجود فعلا وقت نشوء الالتزام ، جاز أن يقع الالتزام على شيء يوجد فى المستقبل .

٢١٦ — المحل المستقبل : رأينا أنه يجوز التعاقد على محل مستقبل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ من التقنين المدنى الجديد صراحة على ذلك إذ تقول : « يجوز أن

= وهى تنص على أنه « يجب أن يكون الغرض من التعهد فعلا ممكناً جائزاً ، وإلا كان باطلا . فإن كان الغرض منه إعطاء شيء ، وجب أن يكون ذلك الشيء مما يجوز التبايع فيه ولزم تعيينه بالنوع وأن يكون صنفه مبيناً بكيفية تمنع الاشتباه على حسب الأحوال » . وقد اشتمل المشروع التمهيدى للتقنين الجديد على نص يسرد شروط المحل على هذا النحو ، فنصت المادة ١٨١ من هذا المشروع على ما يأتى : « يجب أن يكون محل الالتزام الذى ينشأ عن العقد أمراً ممكناً ومعيناً أو قابلا للتعيين وجائزاً شرعاً ، وإلا كان العقد باطلا » . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص فى المشروع النهائى اكتفاء بالأحكام المفصلة التى وردت فى المواد التالية (م ١٣١ — ١٣٥) ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٧ فى الهامش) .

يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا »[١] . وقد يبدو أن هذا النص بديهى . فهو يردد حكما تقضى به القواعد العامة ، إذ ليس فى هذه القواعد ما يمنع من أن يكون المحل القابل للتعيين غير موجود وقت نشوء الالتزام إذا كان من شأنه أن يوجد أو أن يكون من الممكن وجوده فى المستقبل . ولكن النص مع ذلك أتى بحكم يخالف المعروف من قواعد الفقه الإسلامى[٢] فإن هذه القواعد تقضى بأن التعامل لا يصح إلا فى شىء موجود ، فبيع المعدوم باطل . واستثنى السلم ، وجاء الإيجار وهو بيع منافع مستقبلة على خلاف القياس ، وقد تأثر التقنين المدنى المختلط القديم بقواعد الفقه الإسلامى فنص فى المادة ٣٣٠ على أن « بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته باطل »[٣] . من أجل ذلك حرص التقنين الجديد على إباحة التعامل فى الأشياء المستقبلة بنص صريح[٤] .

---

(١) أنظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ٢١٧ فى الهامش) وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً وقت التعاقد . فإذا كان قد وجد ولكنه هلك من قبل ، فلا يقوم الالتزام لانعدام المحل . وينطبق نفس الحكم من باب أولى إذا كان المحل لم يوجد أصلا ولا يمكن وجوده فى المستقبل . ويستثنى من نطاق تطبيق هذا الحكم حالة العقود الاحتمالية ... فإذا كان المحل غير موجود أصلا وقت التعاقد ولكنه سيوجد فيما بعد فهذا هو الشىء المستقبل . وهو يصح أن يكون محلا للالتزام بشرط أن يكون معيناً أو على الاقل قابلاً للتعيين . وليس ثمة محل للتفريق بين بيع الثمار المنعقدة وبيع الثمار قبل انعقادها على نحو ما فعل التقنين المختلط (م ٣٣٠ – ٣٣١) متأثراً فى ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٨) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٢/١ (مطابق) . الليبى م ١٣١/١ (مطابق) . العراقى م ١٢٩/١ (موافق) . اللبنانى م ١٨٨ (موافق) .

(٢) نقول المعروف من أحكام الفقه الإسلامى لأن هناك من فقهاء المسلمين ، كابن القيم ، من يقول بجواز التعامل فى الشىء المستقبل إذا امتنع الغرر ، ومثل ذلك أن يبيع شخص محصول أرضه قبل أن ينبت بسعر الوحدة لا بثمن مقدر جزافاً .

(٣) ثم نصت المادة ٣٣١ من القانون المدنى المختلط على ما يأتى : « ومع ذلك فبيع الأثمار المنعقدة وبيع الزرع النابت يشمل أيضاً الأثمار التى تنعقد والزرع الذى ينبت بعد البيع » . أنظر فى القضاء المختلط نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٥٧ .

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هـذا الصدد ما يأتى : « وقد قصد فيما يتعلق بالشرط الأول ، وهو وجود المحل ، أن يزيل كل شك يكتنف حكم الأشياء المستقبلة . فقرر صلاحيتها لأن تكون محلا للالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٦) .

ويترتب على ذلك أنه يجوز بيع المحصولات المستقبلة قبل أن تنبت ، بثمن مقدر جزافاً أو بسعر الوحدة[1] . وقد قضى التقنين الجديد على ما كان من خلاف فى هذا بين التقنين الوطنى والتقنين المختلط . ويترتب على ذلك أيضاً أنه يصح أن يبيع شخص من آخر منزلا لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشترى عند تمام البناء ، فهذا بيع شىء مستقبل محقق الوجود وقد يكون الشىء المستقبل محتمل الوجود كما إذا باع شخص نتاج ماشية قبل وجودها . فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد . والبيع هنا يكون معلقاً على شرط يتحقق إذا وجد النتاج[2] .

والواقع من الأمر أن التعامل فى الشىء المستقبل كثير الوقوع فى الحياة العملية . فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب مصنع قدراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ فى ذلك . وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل ظهورها كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه . وينزل مقاول عن الأجر فى مقاولة لم ترس عليه بعد . هذه كلها عقود واقعة على شىء مستقبل ، وهى صحيحة .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضروباً من التعامل فى الشىء المستقبل ، كما فعل عندما جعل باطلا رهن المال المستقبل رهناً رسمياً (م ١٠٣٣ فقرة ٢) أو رهناً حيازياً (م ١٠٩٨) وقد يحرم جميع ضروب التعامل فى نوع خاص من المال المستقبل كما فعل عندما حرم التعامل فى التركة المستقبلة ، وهذا ما ننتقل الآن إليه .

٢١٧ — التركة المستقبلة : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣١ من التقنين الجديد

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع فى الدعوى أن الطاعنين باعا المطعون عليه الأقطان الناتجة من زراعتهما فى سنة ١٩٥٠ البالغة ٧٥٠ قنطاراً تحت العجز والزيادة ، فإن هذا العقد هو تعاقد على بيع محصول فى المستقبل وهو جائز بحكم المادة ١٣١ من القانون المدنى ، (نقض مدنى فى ١٢ من نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض سنة ١٠ رقم ٩٧ صفحة ٦٤١)] .

(٢) وقد يكون البيع الواقع على النتاج بيعاً احتمالياً ، فيصح وجد النتاج أو لم يوجد ، ويراعى ذلك طبعاً فى تقدير الثمن .

على ما يأتى : « غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون »[1] . وهذه القاعدة ترجع فى أصلها الأول إلى القانون

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص (بفقرتيه) فى المادة ١٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا . ٢ — غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، إلا أن يكون برضاه وبورقة رسمية » . ونرى من ذلك أن المشروع التمهيدى يجيز التعامل فى التركة المستقبلة برضاء المورث . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع فى هذا الصدد ما يأتى : « والأصل حظر التعامل فى تركة الإنسان ما بقى على قيد الحياة وفقاً للقواعد التقليدية التى جرى العمل عليها من عهد الرومان . بيد أن المشروع قد استحدث فى هذا الشأن أحكاماً هامة ، فأباح التصرف فى التركة المستقبلة إذا ارتضى صاحبها ذلك . والحق أن علة تقرير البطلان ، وهى الخوف من مضاربة الوارث على حياة مورثه ، ينبغى استبعادها إذا كان المورث نفسه قد صح عنده من الأسباب المعقولة ما يقر من أجله التصرف . وبهذا أبيح للورثة أن يتفقوا على تنظيم شؤون التركة وأن يتصرفوا فيما يحتمل أن يؤول إليهم منها ما دام المورث قد أقرهم على ذلك (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٥ فى الهامش) . وورد فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتى : « ويرد على قاعدة جواز التعامل فى الأشياء المستقبلة استثناء يتعلق بالتركات المستقبلة ، إذ حظر التعامل فيها بضروب التصرفات جميعاً ، كالبيع والمقايضة والشركة والصلح والتنازل وما إلى ذلك . ويراعى أن النص الذى تضمنه المشروع أعم من نص المادة ٢٦٣/٣٣٢ من التقنين الحالى (القديم) حيث يقتصر الحظر على البيع . بيد أن بين قواعد المشروع وبين قواعد التقنين الحالى خلافاً أهم مما تقدم يتصل بحكم التعامل فى التركة المستقبلة إذا كان حاصلا برضاء صاحبها . فقد احتذى هذا التقنين مثال أغلب التقنينات الأجنبية ، وقضى ببطلان التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه لعدم مشروعية المحل ، باعتبار أن المضاربة على الموت تتعارض مع الآداب . وقد بلغ من أمر هذا الاتجاه أن اعتبر التصرف باطلا ولو كان صادراً من صاحب التركة نفسه كما إذا باع شخص كل أمواله الحاضرة والمستقبلة . أما المشروع فقد اتبع فى هذا الشأن مذهباً لا يزال نصيبه من الذيوع غير كبير (انظر مع ذلك المادة ٦٣٦ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ٣١٢ من التقنين الألمانى ، وكذلك المادة ١٢٧١ من التقنين الأسبانى والمادة ١٣٧٠ من التقنين الهولندى والمادة ٥٨ من التقنين البولونى) ، فاستبعد فكرة المضاربة على حياة المورث إذا تدخل هذا فى التصرف وارتضاه . وليس يكفى لإتمام التعاقد فى هذه الصورة رضاء المتعاقدين ، بل لا بد أيضاً من رضاء المورث ، ويجب أن يكون رضاء الجميع ثابتاً فى عقد رسمى . وإذا كان التصرف لا ينعقد إلا باجتماع إرادات ثلاث ، فلهذه الحالة نظير فى التقنين المصرى الحالى (القديم) ، فحوالة الحق لا تنعقد إلا إذا اقترن رضاء المحال عليه برضاء طرفى الحوالة . وعلى هذا النحو يكون التعامل فى التركات المستقبلة قد وصل وفقاً لأحكام المشروع إلى مرحلة جديدة فى تطوره . فقد كانت الفكرة فى مبدأ الأمر حماية الوارث ، ولهذا شرع البطلان النسبى لمصلحته . ثم اعتبر البطلان بعد ذلك مطلقاً لمخالفة التصرف للآداب من حيث استنكار فكرة المضاربة على موت إنسان لا يزال على قيد الحياة . وانتهى الأمر بالمشروع ، والتقنينات التى اقتبس منها ، إلى وضع المسألة وضعاً جديداً . فكل تصرف يرد على تركة مستقبلة لا يقتصر على المتعاقدين وحدهم ، بل يتناول شخصاً ثالثاً ، يعتبر تدخله ضرورة لا معدى عنها ، إذ الأمر يتعلق بتركته . وإذا كان هذا التدخل إقراراً ضرورياً يصدر من صاحب المصلحة الأولى فى التصرف ، فهو فى الوقت ذاته كفيل باستبعاد فكرة المضاربة التى استند إليها لاعتبار التصرف مخالفاً =

الرومانى . فقد كان هذا القانون يعد التعامل فى التركات المستقبلة مخالفاً للآداب لأن من يتعامل فى تركة شخص لا يزال حياً إنما يضارب على موته ، ويعده كذلك مخالفاً للنظام العام إذ هو خليق أن يغرى ذا المصلحة بالتعجيل بموت المورث . فالرومان عندما حرموا التعامل فى التركة المستقبلة كانوا ينظرون إلى مصلحة المورث ، لذلك كانوا يبيحونه إذا اشترك هذا فى العقد . أما القوانين الحديثة فتحرم هذا التعامل لا لمصلحة المورث وحده ، بل لمصلحته ولمصلحة الوارث معاً ، فإن الوارث الذى يتعامل فى تركة مستقبلة يغلب أن يكون نزقاً لا يقف عند تبديد ما يصل إلى يده من المال فى الحال بل يبدد كذلك مايحتمل

= للآداب . وغنى عن البيان أن لهذا الوضع الجديد مزايا لا يستهان بها . فهو يبيح اتفاقات لها ، بغير شك ، نفعها من الناحية العملية ، ولا يحول دون الإفادة منها إلا الخطر القائم . فللورثة مثلا أثناء حياة مورثهم وبموافقته أن يتفقوا على قسمة التركة المستقبلة . ولا شك أن قسمة من هـذا القبيل تكون أفضل وأبقى من قسمة يجريها الأصول ويلتزم بها الورثة دون أن تكون وليدة إرادتهم . كذلك يجوز لكل وارث أن يتصرف فيما قد يؤول إليه من التركة مع مراعاة الأحكام المقررة بمقتضى قواعد الميراث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٠٨ — ص ٢٠٩) .

وبالرغم من الاعتبارات المتقدمة رأت لجنة المراجعة أن تعدل عن هذا التجديد ، وأن تعود إلى الحكم القديم فى تحريم التعامل فى التركة المستقبلة ولو برضاء المورث ، فعدلت نص المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا . ٢ — غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل إلا فى الأحوال التى نص عليها فى القانون » . وقد لوحظ فى الرجوع إلى الحكم القديم أن أهم أمر كان يراد تحقيقه من وراء إباحة التعامل فى التركة المستقبلة برضاء المورث هو إجازة قسمة المورث ، وقد أجازها التقنين الجديد بنصوص صريحة ، فتحقق بذلك ما كان مقصوداً ، ولا ضير بعد هذا من المحافظة على تقاليد التقنين القديم فيما يجاوز هذا المقصد . وقد أصبح رقم المادة ١٣٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضيف إلى الفقرة الثانية عبارة « ولو كان برضاه » زيادة فى الإيضاح ونسجاً على منوال التقنين القديم . وأصبح رقم المادة ١٣١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ٢ ص ٢٠٦ — ص ٢١١) وانظر المادة ٢٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى — وقارن المادة ٣١٢ من التقنين الألمانى والمادة ٦٣٦ من تقنين الالتزامات السويسرى .

هذا وقد كان التقنين المدنى القديم يتضمن نصاً مماثلا لنص القانون الجديد ، إلا أنه كان مقصوراً على البيع دون غيره من أنواع التعامل . فكانت المادة ٣٣٢/٢٦٣ تقضى بأن « بيع الحقوق فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو برضاه » . ولكن الفقه والقضاء فى مصر كانا يعتبران هذا النص تطبيقاً لقاعدة عامة هى تحريم كل ضروب التعامل من بيع وغير بيع (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٥٦) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنيـة العربية الأخرى : السورى م ٢/١٣٢ (مطابق) — الليبى م ٢/١٣١ (مطابق) — العراق ٢/١٢٩ (مطابق) — اللبنانى م ٢/١٨٨ (موافق) .

أن يملكه فى المستقبل . فتحريم هذا التعامل تقرر حماية له من نزقه . لذلك كان التحريم مطلقاً ، لا يرتفع حتى لو رضى المورث خلافاً للقانون الرومانى . وجزاء التحريم إذن هو البطلان المطلق بما يستتبعه هذا البطلان من نتائج قانونية .

وكل ضرب من التعامل فى تركة مستقبلة باطل ، أياً كان الطرفان ، وأياً كان نوع التعامل . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً فى التقنين المدنى القديم ، ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً فى هذا الصدد . ونعرض الآن لتحديد ما هو المقصود بالتركة المستقبلة ، ومن يكون طرفاً فى التعامل فيها ، وضروب التعامل التى ترد عليها .

فالتركة هى مجموع ما للانسان من حقوق وما عليه من ديون وقت موته . فإذا كان الإنسان على قيد الحياة فهذا المجموع من الحقوق والديون منظوراً إليه وقت الموت هو تركته المستقبلة . والتعامل المحرم هو الذى يقع على تركة مستقبلة فى مجموعها أو فى جزء من هذا المجموع أو فى مال معين ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة[1] . ويستوى أن

---

(١) أما إذا وقع التعامل على مال لم ينظر فيه إلى أنه يدخل ضمن أموال التركة ، فإنه يصح . وعلى ذلك لا يعتبر باطلا أن يبيع شخص كل ماله الحاضر ، ولكن إذا تصرف فى كل ماله الحاضر والمستقبل إلى وقت موته عد هذا تعاملا فى تركة مستقبلة . ولا يعد تعاملا فى تركة مستقبلة أن يؤجل المدين وفاء الدين إلى وقت موت مورثه ولو كان الباعث له على ذلك أمله فى سداد الدين من التركة التى سيرثها ، ولا تأجيل المدين وفاء الدين إلى يوم موته هو ، فليس فى هذا تعامل فى مال يدخل ضمن تركة مستقبلة ، بل هو تحديد لأجل دين لا علاقة له بالتركة . ولا يكون التعاقد باطلا حتى لو كان الباعث عليه توقع موت شخص معين ، كما إذا كان الدائن لمستحق فى وقف قد حصل على أن يكون المستحق التالى فى الوقف كفيلا لمدينه توقعاً لموت هذا المدين ، لأن التعامل هنا لم يقع على مال فى تركة مستقبلة . كذلك لا يعتبر باطلا تعهد أخ لأخته بأن يدفع لها مبلغاً معيناً على ألا تطالب بشىء من ميراث والدتها إذا تبين أن الأم وهبت ابنها جميع أملاكها واشترطت عليه أن يكتب لأخته سنداً بهذا المبلغ ، إذ يعتبر تصرف الأم هبة مال حاضر لا يدخل فى تركة مستقبلة وقد اقترنت الهبة بشرط لصالح الأخت (محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية فى ١٨ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٠ ص ٩٩) .

ولكن يعد تعاملا فى تركة مستقبلة أن يتفق الورثة قبل موت مورثهم على عدم الطعن فى أية وصية تصدر من المورث لأحدهم أو لأجنبى ، أو اتفاقهم على اعتبار أية وصية تصدر من المورث لأى منهم باطلة . كذلك يعد تعاملا فى تركة مستقبلة تصرف لا يحدد فيه الوارث تركة بذاتها بل يبيع حقوقه فى أية تركة تؤول إليه ، وإلزام المورث أحد الورثة دون غيره بتسديد دين من ديون التركة ، وقصر المورث على أحد الورثة دون الآخرين منفعة تعود عليه من عقد .

تأتى التركة من طريق الميراث أو من طريق الوصية . فكما لا يجوز للوارث أن يتعامل فى نصيبه فى تركة مستقبلة كذلك لا يجوز للموصى له أن يتعامل فيما أوصى له به مستقبلا .

أما الطرف الذى يقع منه التعامل فى التركة المستقبلة فقد يكون هو الوارث يبيع لأجنبى نصيبه فى التركة المستقبلة[1] . وقد يقع التعامل بين وارث ووارث آخر يتفقان على قسمة ما سيقع فى نصيب كل منهما من الميراث ، أو أن يبيع أحدهما نصيبه من الآخر . وقد يكون التعامل بين المورث نفسه ووارث أو أجنبى ، كأن يتفق المورث مع الوارث على إعطائه نصيباً من التركة أكبر أو أقل من نصيبه القانونى ، أو يتفق مع أجنبى على إعطائه نصيباً من التركة يأخذه بعد موته ، إذ أن المورث لا يستطيع أن يفعل هذا أو ذاك إلا عن طريق الوصية وهى تختلف عن هذا الضرب من التعامل فى أنها يجوز الرجوع فيها حتى موت الموصى وفى أنها لا تجوز إلا فى حدود معينة . والحكمة فى تحريم التعامل على المورث نفسه ترجع إلى أن أحكام الميراث والوصية من النظام العام . فإذا أبحنا للمورث التعامل فى تركته المستقبلة استطاع أن يحيد عن هذه الأحكام[2] .

---

(١) وهناك فرق بين أن يبيع الوارث مالا معيناً على أنه سيؤول إليه فى تركة مورثه — وهذا بيع باطل لأنه تعامل فى تركة مستقبلة — وبين أن يبيع هذا المال المعين على أنه ملكه فى الحال — وهذا بيع ملك الغير وهو قابل للابطال . فإذا باع شخص عقاراً مملوكا لمورثه واشترط أن البيع لا ينفذ إلا بعد موت المورث ، فهم من ذلك أن البائع يتصرف فى حق من حقوقه المحتملة فى تركة مستقبلة ، وكان البيع باطلا (محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٤٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن كون الإنسان وارثاً أو غير وارث ، وكونه يستقل بالإرث أو يشركه فيه غيره ، إلى غير ذلك من أحكام الإرث وتعيين الورثة وانتقال الحقوق فى التركات بطريق التوريث لمن لهم الحق فيها شرعاً ، كل هذا مما يتعلق بالنظام العام . والتحيل على مخالفة هذه الأحكام باطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ، ويحكم القاضى به من تلقاء نفسه فى أية حالة كانت عليها الدعوى . وتحريم التعامل فى التركات المستقبلة يأتى نتيجة لهذا الأصل ، فلا يجوز قبل وفاة أى إنسان الاتفاق على شىء يمس بحق الإرث عنه ، سواء من جهة إيجاد ورثة غير من لهم الميراث شرعاً أو من جهة الزيادة أو النقص فى حصصهم الشرعية أو من جهة التصرف فى حق الإرث قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه إياه ، بل جميع هذه الاتفاقات وما شابهها مخالف للنظام العام ، فإذا حررت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملكها إذا ماتت قبله ، وحرر هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتتملك هى ماله فى حالة وفاته قبلها ، فإن التكييف الصحيح الواضح لتصرفهما هذا أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والغرر ، وأنه اتفاق مقصود به حرمان =

وكل ضرب من ضروب التعامل فى التركة المستقبلة محرم كما قدمنا . فلا يجوز للوارث أن يبيع ميراثه المستقبل ، أو يهبه ، أو يقسمه ، أو يقايض به ، أو يقدمه نصيباً فى شركة، أو يصالح عليه ، أو ينزل عنه بإرادته المنفردة . بل هو لا يستطيع أن يؤجره[1]، أو أن يجرى عليه أى نوع من أنواع التعامل ما أجازه القانون بنص صريح ، وذلك كالوصية (م ٩١٥ جديد) وقسمة المورث (م ٩٠٨ — ٩١٣ جديد) .

§ ٢ — المحل ممكن

٢١٨ — الإمكان يقابل الوجود : رأينا فى الالتزام الذى يكون محله نقل حق عينى أن الشيء الذى تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجوداً . أما الالتزام الذى يكون محله عملا أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون المحل فيه ممكناً . والإمكان هنا يقابل الوجود هناك ، فإذا كان محل الالتزام مستحيلا ، فإن الالتزام لا يقوم ، ويكون العقد

= ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فى الميراث ، فهو اتفاق باطل . أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها فلا وجود له فيه . ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن فى غير موطنه المشروع هو فيه ما دام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون ، بل هو من قبيل الرقبى المحرمة شرعاً (نقض مدنى فى ١٤ يونيه ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص ٤٤٩) .

ولكن لا يوجد ما يمنع المورث من أن يبيع لوارثه فى الحال مالا مملوكاً له ، أو يهبه إياه ، فليس هذا تعاملاً فى تركة مستقبلة ، بل هو تصرف فى مال حاضر . وقد قضت محكمة النقض بأن قوانين الإرث لا تطبق إلا على ما يخلفه المورث من الأموال بعد موته ، وأن تقيد التصرفات لا يكون إلا ابتداء من مرض المورث . وأما قبل ذلك فالمالك الكامل الأهلية حر التصرف فى ملكه ، ولو أدى تصرفه هذا إلى حرمان ورثته أو تعديل أنصبتهم ، ولو كان التصرف صادراً لأحد الورثة ، وهذا بطبيعة الحال ما لم يكن التصرف مشوباً بعيب . وأن هذا حق لا غبار عليه ، ولا يناقض ما قررته محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ (وهو الحكم السابق الإشارة إليه) (نقض مدنى فى ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٢ ص ١١٣٨) .

(١) فإذا تعهد شخص بإيجار عين ستؤول إليه فى تركة كان عقده باطلا (محكمة النقض الفرنسية فى دوائرها المجتمعة فى ٢ يوليه سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٥٥٣) .

[وانظر فى تحريم التعامل فى التركات المستقبلة : الدكتور عبد الحى حجازى : المرجع السابق ص ٢٣٠ بند ١٤٥ وما بعده] .

باطلا ، لأنه لا التزام بمستحيل (à l'impossible nul n'est tenu) . وقد نصت المادة ١٣٢ من التقنين المدنى الجديد على ذلك إذ تقول : « إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته كان العقد باطلا »[1] .

٢١٩ — الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية : والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، وهى أن يكون الالتزام مستحيلاً فى ذاته كما تنص المادة ١٣٢ ، لا أن يكون مستحيلا بالنسبة إلى الملتزم فحسب ، فقد يلتزم شخص بعمل فنى يكون مستحيلا عليه هو

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كان محل الالتزام الذى نشأ عن العقد أمراً مستحيلاً استحالة مطلقة ، كان العقد باطلاً . ٢ — أما إذا كان الأمر مستحيلاً على المدين دون غيره ، صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده » . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا كانت الاستحالة مطلقة ، فالمحل غير موجود فى الواقع . ولا يكون للالتزام نصيب من الوجود إلا إذا طرأت الاستحالة بعد قيام العقد ، فيكون للمتعاقد فى هذه الحالة أن يرفع دعوى الفسخ لا دعوى البطلان . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، أى قاصرة على الملتزم وحده ، فالعقد صحيح ويلزم المتعاقد بتنفيذه . على أن التنفيذ إذا استحال على المدين ، كان للدائن أن يقوم به على نفقة هذا المدين طبقاً للقواعد العامة ، وله أيضاً أن يطالب بالتعويض إلا إذا اختار فسخ العقد مع المطالبة بتعويض إضافى ، إن كان ثمة محل لذلك . وقد اقتصر المشروع فيما يتعلق باستحالة المحل على ذكر القاعدة العامة ولم ير داعياً لتفصيلها بالاستكثار من التطبيقات الجزئية . فبعض هذه التطبيقات قد ورد فى مواضع أخرى من المشروع ، وبعضها من اليسير أن يستنبط من المبادىء العامة (أنظر المادة ٣٠٧ من التقنين الألمانى والمادة ٢٠ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادتين ٥٦ و ٥٧ من التقنين البولونى الخ . . . على الأخص فيما يتعلق بالاستحالة الجزئية ورجوع من يجهلها من المتعاقدين بالتعويض) » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص لصعوبة تحديد معيار الاستحالة النسبية واكتفى بالفقرة الاولى بعد تحديد الاستحالة فيها بأن الأمر يكون مستحيلاً فى ذاته ، وأصبح النص كما يأتى : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته كان العقد باطلاً » . وأصبح رقم المادة ١٣٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قيل إن المراد من أن الأمر يكون « مستحيلاً فى ذاته » هو أن يكون مستحيلاً استحالة مطلقة ، وقد وافقت اللجنة على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٣٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١١ — ص ٢١٤) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٣ (مطابق) — الليبى م ١٣٢ (مطابق) — العراقى م ١٢٧ (موافق) — اللبنانى م ١٩١ (موافق) .

أو يلتزم بأمر يحتاج إلى مقدرة فوق طاقته ، ولكن هذا العمل لا يستحيل القيام به على رجل من أصحاب الفن أو ممن يطيقونه . فنى هذه الحالة يوجد الالتزام ويقوم على محل صحيح وإذا كان يستحيل على المدين القيام به فهذه الاستحالة النسبية لا تمنع من قيام الالتزام ، ويكون المدين مسئولا فى هذه الحالة عن التعويض لعدم استطاعته القيام بالتزامه ولتسرعه فى أن يأخذ على نفسه التزاماً لا يطيقه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ولا فرق بين ما إذا كانت هذه الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له . فنى كلتا الحالتين يوجد الالتزام ، ولكن المدين يبرأ من التنفيذ العينى ويكون مسئولا عن التعويض على النحو الذى قدمناه .

أما إذا كانت الاستحالة مطلقة ، وهى ما رجعت إلى الالتزام فى ذاته كما رأينا[1] ، فإنها تمنع من وجود الالتزام إذا كانت سابقة على التعهد بهذا الالتزام ، ولا تمنع من وجوده إذا كانت لاحقة لأن الالتزام قد وجد قبل نشوء الاستحالة وإنما ينقضى بنشوئها بعد أن وجد ، فتبرأ ذمة المدين ، ولكن يبقى مسئولاً عن التعويض إذا كان هناك تقصير

---

(١) لا تكون الاستحالة مطلقة إلا إذا رجعت إلى الالتزام فى ذاته ، فيكون الالتزام مستحيلاً بالنسبة إلى موضوعه ، لا بالنسبة إلى شخص معين سواء كان هذا الشخص هو الملتزم أو كان شخصاً غيره . فيجب إذن أن تكون الاستحالة استحالة موضوعية (impossibilité objective) بالنسبة إلى جميع الناس ، لا استحالة شخصية (impossibilité subjective) بالنسبة إلى بعض دون بعض .

ومن ثم فبيع ملك الغير تعتبر الاستحالة فيه استحالة نسبية . وإذا كان الالتزام بنقل الملكية فى هذا البيع مستحيلاً على البائع ، فليس هو بالأمر المستحيل فى ذاته ، ويستطيع المالك الحقيقى ، بل يستطيع نفس البائع إذا أصبح مالكاً ، أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام . ولولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلا للابطال (م ٤٤٦ من التقنين المدنى الجديد) لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ .

[يراجع حشمت أبو ستيت فقرة (٢٠٥) ص ١٩٢ وأنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ٢١٦ وعبد المنعم فرج الصده فقرة ٢٠٠ ص ٢٣٢ وقارن سليمان مرقس فى مصادر الالتزام فقرة ١٣٧ ص ١٧٩ حيث يرى أن المقصود بالاستحالة الموضوعية أن يكون تقدير الاستحالة بمعيار موضوعى هو معيار الرجل المعتاد إذا وجد فى مثل ظروف المدين الخارجية التى تم فيها التعهد — أى الظروف المنظورة والمفروض حتما أن يعلمها الدائن وهو يرى أن هذا المعيار يؤدى إلى اعتبار التزام بائع ملك الغير مستحيلاً استحالة موضوعية لأن الرجل المعتاد إذا لم يكن مالكا لما يبيعه يستحيل عليه وفاء التزامه بنقل ملكية المبيع] .

فى جانبه ، ويجوز فسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين . ومثـل الاستحالة المطلقة أن يتعهد شخص بأن يقوم بعمل يكون قد تم قبل التعهد كما إذا تعهد محام برفع استئناف عن قضية كان الاستئناف قد رفع فيها قبل ذلك ، أو أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل كان قد وقع قبل التعهد .

ويستخلص مما تقدم أن الاستحالة النسبية لا تجعل العقد باطلا سواء أكانت الاستحالة سابقة على وجود العقد أم لاحقـة له . وإنما تجعله فى الحالتين قابلا للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين لعدم إمكان قيام الملتزم بالتزامه . أما الاستحالة المطلقة فإن كانت سابقة على وجود التعهد فإنها تجعـل العقد باطلا ، وإن كانت لاحقة جعلته قابلا للفسخ إذا كان ملزماً للجانبين[1] .

٢٢٠ — الاستحالة الطبيعية والاستحالة القانونية : والاستحالة فى الأمثلة التى قدمناها استحالة طبيعية . وقد تكون الاستحالة قانونية ، أى ترجع لا إلى طبيعة الالتزام بل إلى سبب فى القانون ، كما إذا تعهد محـام برفع استئناف عن حكم بعد انقضاء الميعاد القانونى أو نقض فى قضية لا يجوز فيها النقض . ففى مثل هـذه الفروض ترجع الاستحالة إلى حكم القانون لا إلى طبيعة الالتزام .

والاستحالة القانونية حكمها حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة : تمنع وجود الالتزام إذا وجدت قبل التعهد به ، وتنهى الالتزام إذا جدت بعد ذلك ، وينبنى على ما تقدم أن تعهد المحامى برفع الاستئناف إذا صـدر بعد انتهاء الميعاد الذى يقبل فيه الاستئناف لا يوجد التزاماً فى جانبه ، أما إذا صدر قبل الميعاد ولـكن المحامى ترك الميعاد ينقضى دون أن يرفع الاستئناف فأصبح رفعه مستحيلا . فإن الالتزام يوجـد أولا ، ثم يصبح تنفيذه العينى مستحيلا ، فيكون المحامى مسئولا عن التعويض .

---

(١) وقد تكون الاستحالة المطلقة اللاحقة لوجود العقد قوة قاهرة ، إذا هى لم ترجع إلى تقصير من الملتزم ، فينقضى الالتزام بهـا ، وينفسخ العقد إذا كان ملزماً للجانبين [أنظر نقض مدنى فى ١٩ نوفبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة (١٠) رقم ١٠٣ ص ٦٧٧] .

المبحث الثانى

المحل معين أو قابل للتعيين

٢٢١ — *النصوص القانونية* : نصت المادة ١٣٣ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا » .

« ٢ — ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط »(1) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٤ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : « ١ — يجب أن يكون الشيء محل الالتزام معيناً بذاته ، أو بنوعه ومقداره . ٢ — ويكفى أن يكون الشيء معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . وفى لجنة المراجعة تقرر إدخال بعض تعديلات لفظية ، والنص على حكم البطلان بعد أن استغنى عن المادة ١٨١ من المشروع ، وحذف عبارة « صراحة أو ضمناً » من الفقرة الثانية لأن الاتفاق الضمنى يندرج تحت عبارة « استخلاص ذلك من أى ظرف آخر » وإضافة العرف كتخصيص يليه تعميم فى عبارة « من أى ظرف آخر » فاصبح النص كالآتى : « ١ — إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره ، وإلا كان العقد باطلا . ٢ — ويكفى أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » . وأصبح رقم المادة ١٣٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٤ — ص ٢١٧) . أنظر المادة ١٩٠ فقرة ٢ من التقنين اللبنانى والمادة ٢٤٣ من التقنين الألمانى .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٤ (مطابق) — الليبى م ١٣٣ (مطابق) — العراق م ١٢٨ (موافق) — اللبنانى م ١٨٩ — ١٩٠ (موافق) .

ونصت المادة ١٣٤ على ما يأتى :

« إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عـددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر »[1].

ويتبين من هذه النصوص أنه يجب فى المحـل أن يكون معيناً أو قابلا للتعيين . فإذا كان المحل نقوداً ، وجب أن تكون هى أيضاً معينة أو قابلة للتعيين ، أما قيمة هذه النقود إذا تغيرت فليس فى الأصل لتغيرها أى اعتبار .

فنتكلم : (أولا) فى كيفية تعيين المحل (ثانياً) فى تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً.

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المـادة ١٨٦ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : « ١ — إذا كان محل الالتزام نقوداً فلا يكون المدين ملزماً إلا بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هـذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك . ٢ — إذا لم يكن للنقد المعين فى العقد سعر قانونى فى مصر جاز للمدين أن يفى دينه بنقود مصرية بسعر القطع فى الزمان والمـكان اللذين يتم فيهما الوفاء . فإذا لم يكن فى مكان الوفاء سعر معروف للقطع ، فبسعر قطعها فى أقرب سوق تجارية . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ٣ — إذا تأخر المدين عن الوفاء فى ميعاد الاستحقاق بتقصير منه كان ملزماً بفرق السعر ، دون إخلال بعوائد التأخير » . وفى لجنـة المراجعة اقترح حذف النص كله لأنه يقرر حكماً فى مسائل اقتصادية يحسن تركها لقانون خاص ، وبعد المناقشة وافقت اللجنة على ذلك مع استبقاء الفقرة الأولى على أن يحذف منها العبارة الأخيرة « ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك » ، فأصبح النص الذى أقرته اللجنة هو ما يأتى : « إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر » . وأصبح رقم المادة ١٣٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل ، وكذلك فعلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٨ — ص ٢٢٢) .

انظر المادة ٢٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى . هـذا وقد كان التقنين المدنى القديم يتضمن النص الآتى (م ٤٧٤/٥٧٧) : « إذا كان الشىء المستعار نقوداً لزم رده بعين قيمته العددية ، أياً كان اختلاف أسعار المسكوكات الذى حصل بعد وقت العارية » . وهذا النص لا يختلف فى المعنى عن النص الجديد ، وإن كان مقصوراً على عقد القرض .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٥ (مطابق) . الليبى م ١٣٤ (مطابق) — العراقى لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

§ ١ — كيفية تعيين المحل

٢٢٢ — *تعيين محل الالتزام إذا كان عملا أو امتناعاً عن عمل* : إذا التزم شخص أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل وجب أن يكون ما التزم به معيناً . فإذا تعهد مقاول ببناء وجب أن يتعين هــذا البناء أو وجب على الأقل أن يكون قابلا للتعيين . وقابليته للتعيين ترجع إلى الظروف التى تستخلص منهـا نية طرفى الالتزام . فإذا التزم المقاول بأن يبنى مستشفى أو مدرسة أو منزلا للسكنى أو منزلا للاستغلال أو نحو ذلك ، فإن ظروف التعاقد يصح أن يستخلص منهـا العناصر اللازمة لتعيين البناء المطلوب(١) . أما إذا اقتصر المقاول على أن يلتزم بإقامة بناء دون أن يعين أى نوع من البناء هو ، كان المحل غير معين وغير قابل للتعيين ، فلا يقوم الالتزام على محل كهذا لأنه فى حكم المعدوم .

٢٢٣ — *تعيين محل الالتزام فى الشىء موضوع الحق العينى* : وإذا كان الالتزام محله نقل حق عينى على شىء ، وجب كذلك أن يكون هذا الشىء معيناً أو قابلا للتعيين . وهنا يجب التمييز بين الشىء المعين بالذات والشىء غير المعين .

فإذا وقع العقد على شىء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشىء معروفة ، فيوصف الشىء وصفاً يكون مانعاً للجهالة ، فإذا باع شخص منزلا ، وجب أن يبين موقع هذا المنزل فى أية جهة هو وأن يذكر أوصافه الأساسية التى تميزه عن غيره من المنازل الأخرى . وإذا باع أرضاً ، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها . وإذا باع سـيارة معينة بالذات ، وجب أن يبين أية ســيارة يبيعها وأن يذكر أوصافها المميزة . لا سيما إذا كان البائع عنده أكثر من سيارة واحـدة . وقد طبقت المـادة ٤١٩ من التقنين الجديد هذه القاعدة فى صــدد عقد البيع ، فنصت على أنه : « يجب أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن يكون محل الالتزام متعيناً ، بل يكفى أن يكون قابلا للتعيين (نقض مدنى ٨ نوفبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥ ص ٢٦)] .

كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه » .

أما إذا كان الشيء غير معين بالذات ، وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره ، كأن يذكر مثلا أن المبيع قطن من نوع الأشمونى وأن مقداره عشرون قنطاراً . فإذا لم يحدد المقدار وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد فى العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة .

وكثيراً ما يترك تعيين المحل للمألوف أو للعرف ، كما إذا قام متجر بتوريد سلعة لعميل له دون أن يبين الثمن ، أو قام صانع بعمل دون أن يحدد أجره .

وقد يقتصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففى هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً ، فلا يكون جيداً حتى لا يغبن المدين ، ولا يكون رديئاً حتى لا يغبن الدائن(١) .

---

(١) وقد يترك تعيين المحل لأجنبى كما إذا باع شخص عيناً بثمن يترك تقديره لحكم . فإذا قدر الحكم الثمن كان تقديره ملزماً للمتعاقدين ، وقام التزام المشترى على محل معين . أما إذا لم يقدره فلا يجوز للقاضى أن يقوم مقامه فى التقدير ، لأن عمل العقود لا يدخل فى مهمة القاضى ، فيبقى الثمن غير معين ، ويكون البيع باطلا . ولا يجوز ترك تعيين المحل لإرادة أحد المتعاقدين المحضة إذ يصبح المتعاقد الآخر تحت رحمته ، إلا إذا كانت عناصر التعيين معروفة بحيث لا يكون هناك مجال للتحكم .

[انظر الدكتور عبد الحى حجازى : المرجع السابق بند ١٢٢ — ١٢٥] .

هذا وقد اشتمل المشروع التمهيدى على نص يعرض لهذه المسائل هو المادة ١٨٥ من هذا المشروع ، وقد جرت على النحو الآتى : « ١ — إذا ترك تعيين الشىء لأحد المتعاقدين أو لأجنبى عن العقد ، فيجب أن يكون هذا التعيين قائماً على أساس عادل . فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشىء بحكم من القضاء . ٢ — ومع ذلك إذا ترك التعيين لأجنبى عن العقد ولمحض اختياره ، فإن العقد يصبح باطلا إذا لم يستطع هذا الأجنبى أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به فى وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص فى المشروع النهائى [illegible] =

§ ٢ — تعيين محل الالتزام إذا كان نقوداً

٢٢٤ — تعيين النقود — العملة الورقية ذات السعر القانونى : إذا كان محل الالتزام نقوداً ، وجب أن تكون هى أيضاً معينة بنوعها ومقدارها شأن أى محل للالتزام . فيلتزم المدين مثلا أن يؤدى للدائن مقداراً معيناً من الجنيهات المصرية أو من القروش أو من الملاليم . وتقضى المادة ١٣٤ — كما رأينا — بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر . ويترتب على ذلك أن المدين يلتزم بأداء المقدار المتفق عليه من النقود ، سواء ارتفعت قيمة النقود أو انخفضت . فإذا ارتفعت كان ارتفاعها لمصلحة الدائن ، وإذا انخفضت كان انخفاضها لمصلحة المدين . وليس من اللازم أن يؤدى المدين النقود من النوع المنصوص عليه فى العقد ، جنيهات أو قروشاً أو ملاليم ، بل إن المدين يؤدى دينه عادة بنقد ذى سعر قانونى (cours légal) يساوى القدر المتفق عليه ، فيؤديه عملة ورقية إذا تقرر لها سعر قانونى .

والأصل فى نظرنا أن العملة الورقية إذا تقرر لها سعر قانونى وجب على الدائن قبولها حتى لو اتفق مع المدين على غير ذلك ، وحتى لو لم يكن لهذه العملة سعر إلزامى (cours forcé) فالسعر القانونى وحده كاف لجعل الدائن يستوفى حقه . ومهما يكن من خلاف فى هذه المسألة فإن الخلاف ليست له أهمية عملية إذا لم يكن للعملة الورقية سعر إلزامى ، فإن الدائن الذى يريد الحصول على حقه ذهباً ولا يستوفيه إلا ورقاً يستطيع أن يستبدل الذهب بالورق فى أى وقت شاء .

= لحالات تفصيلية قليلة الأهمية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٥ — ص ٢١٦ فى الهامش) . وبعد حذف النص لم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالفت فيه القواعد العامة التى تقدم ذكرها . انظر أيضاً فى هذا الموضوع المواد ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩ من القانون الألمانى ، وعن هذه المواد اقتبس المشروع التمهيدى المادة ١٨٥ التى حذفتها لجنة المراجعة .

٢٢٥ — العملة الورقية ذات السعر الإلزامى (شرط الذهب) : فإذا تقرر للعملة الورقية سعر إلزامى ظهرت خطورة المسألة ، لأن العملة الورقية ذات السعر الإلزامى تكون قيمتها الاقتصادية أقل من قيمتها القانونية ، وتنقص هذه القيمة الاقتصادية كلما زاد التضخم . فإذا استوفى الدائن حقه ورقاً فإنه لا يستطيع أن يستبدل به ذهباً لقيام السعر الإلزامى . وقد تكون قيمة الورق قد نزلت نزولا فاحشاً فتصيبه خسارة جسيمة من وراء ذلك . لهذا جرت العادة أن يشترط الدائن استيفاء حقه ذهباً ، وهذا ما يسمى بشرط الذهب (clause d'or) فيكون الدين واجب الوفاء بالذهب (payable en or) أو بما يعادل قيمة الذهب (payable en valeur or) . . فهل يعتبر هذا الشرط صحيحاً ؟ نرى أن ذلك لا يجوز فى المعاملات الداخلية ، وأن الشرط يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، وأن العقد الذى تضمنه هذا الشرط يكون باطلا كذلك إذا تبين أن الشرط كان هو الباعث الرئيسى على التعاقد . ونحن فى هذا الرأى نتفق مع القضاء الفرنسى [1] ومع جمهرة من الفقهاء الفرنسيين [2] .

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ مايو سنة ١٩٢٧ داللوز ١٩٢٨ — ١ — ٢٥ — وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ — ١ — ٤١ (مع تعليق هبير Hubert) — محكمة باريس الاستئنافية فى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٥ داللوز ١٩٢٥ — ٢ — ١١٥ — وفى ١٣ أبريل ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٠٥ .

(٢) أوبرى ورو الطبعة الخامسة ٤ ص ٣١٨ — ص ٣٦٠ — كابيتان فى داللوز الأسبوعى سنة ١٩٢٦ باب المقالات ص ١ و ص ١٧ و ص ٣٣ ، وسنة ١٩٢٧ ص ١ ، وسنة ١٩٢٨ ص ٥٣ — ديموج فى مقال له فى جريدة موثقى العقود (Journal des notaires) سنة ١٩٢١ ص ١٣٧ ، وسنة ١٩٢٣ ص ٩٧ — جيز فى مقال له فى مجلة العلم والتشريع المالى (Revue de science et de législation financières) سنة ١٩٢٤ ص ٥ — ليون كان فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٠ — ١ — ١٩٣ — سافاتييه جازيت داللوز ١٩٢٤ ص ٨٩ وتعليقه فى داللوز ١٩٢٦ — ٢ — ٨٩ و ١٠٥ و١٥٣ وسنة ١٩٢٧ — ٢ — ١٥٣ و ١٥٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٢ فقرة ١١٦٨ . على أن كثيراً من الفقهاء يذهبون إلى عكس هذا الرأى ويقولون بصحة شرط الذهب حتى فى المعاملات الداخلية (بودرى وبارد ٢ فقرة ١٤٧٥ — ديبويش (Dupuich)، فى تعليقه فى داللوز ١٩٢٠ — ١ — ١٣٧ — جنى فى مجلة القانون المدنى ربع السنوية سنة ١٩٢٦ ص ٥٥٧ وسنة ١٩٢٨ ص ٥ — لالو (Lalou) فى تعليقه فى داللوز سنة ١٩٢٤ — ٢ — ١٧ و٩٧ — وسنة ١٩٢٦ — ٢ — ٦٩ و٩٥ — ماتر (Mater) فى مجلة قانون البنوك (Revue du droit bancaire) ١ ص ١٩٣ وص ٢٨٩ و٢ ص ١٩٣ — جوسران ٢ فقرة ٨٥٩) .

=

ومما يؤيد ما نذهب إليه أن الغرض من تقرير السعر الإلزامى هو إعطاء الورق قيمة قانونية إلزامية معادلة لقيمة الذهب ، فينعدم الفرق بين الورق والذهب فى نظر القانون ، ويجب أيضاً أن ينعدم فى نظر الأفراد ، لأن القانون إنما أراد هذا حماية لمصلحة عامة ترجع إلى نظام النقد فى البلد وإلى استقرار قيمة العملة وثباتها .

هذا ويلاحظ أن القضاء الفرنسى إنما يبطل « شرط الذهب » فى المعاملات الداخلية فى فرنسا . أما فى المعاملات الخارجية ، وهى التى تقتضى خروج العملة من فرنسا أو دخولها فيها ، كما إذا صدّر تاجر فى فرنسا بضاعة إلى الخارج أو استورد بضاعة من الخارج ، وكما إذا عقدت دولة قرضاً فى أسواق أجنبيـة ، فإن « شرط الذهب » يكون صحيحاً . وذلك لأنه إذا استطاع القانون الفرنسى أن يعتبر قيمة العملة الورقية معادلة لقيمة الذهب فليس

= هذا وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً فى هذه المسألة هو المادة ١٨٧ ، وقد جرت بما يأتى : « ومع ذلك إذا تقرر سعر إلزامى للنقد الورقى فلا يجوز الاتفاق على الوفاء بالنقود المعدنية أو بالنقود المصرية محسوبة بسعر الذهب ، ولكن يجوز الاتفاق على أن يكون الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها » . وفى هذا النص تحريم لشرط الذهب . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولهذا يعتبر اشتراط الدفع بالذهب أو على أساس قيمة الذهب باطلا فى حالة تقرير سعر إلزامى (حتى فى المعاملات الدولية : المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ — قارن القانون الفرنسى فى ٢٥ يونية سنة ١٩٢٨ التقويم السنوى للتشريع الفرنسى سنة ١٩٢٨) ويترتب على بطلان الشرط بطلان العقد بأسره إذا كان الشرط هو الدافع الحافز على التعاقد . ومع ذلك فيجوز الاتفاق على أن يتم الوفاء بنقود أجنبية تحتسب بسعر قطعها إذا كان الدين قد عقد بنقد أجنبي . وليس فى هذا مساس بنص فى القانون لأن النقد الأجنبي ليس له سعر إلزامى أصلا . ثم إن العدل يقضى من ناحية أخرى بأن يتم الوفاء فى المعاملات الدولية على أساس سعر القطع الذى يمثل العلاقة بين النقد الوطنى والنقد الأجنبي » . وقد حذفت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدى فى المشروع النهائى لأنه يقرر حكما فى مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص — (مجموعة الأعمال ٢ ص ٢١٨ — ص ٢١٩ فى الهامش وص ٢٢٠ — ص ٢٢١) وسنرى فيما يلى أن هذا القانون الخاص الذى تركت المسألة لحكمه هو المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ ، ويبطل هـذا القانون شرط الذهب حتى فى المعاملات الخارجية (الدولية) . ويغلب أن تترك التقنينات مسألة التعامل بالنقود الأجنبية إلى تشريعات خاصة . وقد نصت المادة ١٣٥ من القانون المدنى السورى الجديد على أنه « إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر ، مالم ينص القانون على أحكام خاصة بتحويل النقد الأجنبي » .

هذا التعادل إلا اعتبارياً ، ولا يستقيم هذا الاعتبار إلا فى المعاملات الداخلية حيث ينبسط سلطان المشرع ويصبح الأخذ باعتباره واجباً . أما فى المعاملات الخارجية فالذهب وحده هو العملة الثابتة ، ولا ينفذ اعتبار المشرع فى غير بلده ، وكل اتفاق يشترط الوفاء بالذهب يكون إذن مشروعاً[1] .

٢٢٦ — شرط الذهب فى القانون المصرى : أما فى القانون المصرى فقد مر القضاء بمرحلتين :

(المرحلة الأولى) فى ظل المرسوم (القانون) الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ . وقد قضى هذا المرسوم بأن يكون للعملة الورقية التى يصدرها البنك الأهلى قيمة الذهب — وهذا هو السعر القانونى — وبأن البنك لا يجبر على إبدال الورق بالذهب — وهذا هو السعر الإلزامى — وبأن ما يدفع من تلك الأوراق (لأى سبب وبأى مقدار) يكون دفعاً صحيحاً وموجباً لبراءة الذمة كما لو كان الدفع حاصلا بالعملة الذهبية ، بصرف النظر عما يخالف ذلك من الشروط أو الاتفاقات الحاصلة أو التى تحصل بين أصحاب الشأن ، أى سواء كانت هذه الشروط أو الاتفاقات موجودة قبل صدور المرسوم أو جدت بعد ذلك. والنص كما نرى صريح فى أن شرط الذهب باطل إطلاقاً ، ولم يميز المرسوم فى ذلك بين

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ٤١ وفى ٣ يونية سنة ١٩٣٠ داللوز ١٩٣١ — ١ — ٥ وفى ٢ يولية سنة ١٩٣٥ داللوز الأسبوعى ١٩٣٥ — ٤٥٧ — وفى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٤ (Sem. Jur.) ١٩٤٣ فقرة ٢٦٧٠ — محكمة بوردو الاستئنافية فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٣ — ٢ — ٦ — محكمة باريس الاستئنافية فى ١٦ أبريل سنة ١٩٢٦ داللوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٠٥ — وفى ٩ يولية سنة ١٩٢٦ داللوز الأسبوعى ١٩٢٦ — ٥٣٧ — وفى ٩ نوفبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ٩ — محكمة بيزانسون الاستئنافية فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ — ٢ — ٥٥ . هذا وقد أيد المشرع الفرنسى وجهة نظر القضاء فى هذا الموضوع فنص صراحة على اعتبار شرط الذهب صحيحاً فى المعاملات الخارجية (أنظر قانون ٢٥ يونية سنة ١٩٢٨ وقانون ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧) . أنظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وجابولد ٢ فقرة ١١٨٠ وفقرة ١١٨٥ — جوسران ٢ فقرة ٨٦٠ مكررة — كولان وكابيتان الطبعة العاشرة سنة ١٩٤٨ فقرة ٤٩٢ .

المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ، بل إن هـذا التشريع جعل له أثر رجعى ، فهو يبطل شرط الذهب فى عقد تم قبل صدوره كما يبطله فى عقد تم بعد صدوره .

ولـكن بالرغم من صراحة النص انقسم القضاء المصرى فى شأن شرط الذهب . فبعض الأحكام قضى ببطلانه ، وبعض قضى بصحته ، وبعض جرى على نهج القضـاء الفرنسى فميز بين المعاملات الداخلية حيث يكون الشرط باطلا والمعاملات الخارجية حيث يكون الشرط صحيحاً[1] .

(المرحلة الثانية) وبقى القضاء المصرى يواجـه شرط الذهب مضطرباً غير مستقر حتى صدر المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ . وقد أراد المشرع المصرى بهذا القانون أن يحسم ما نشب من خلاف فى تفسير المرسوم الصادر فى ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ بصدد

---

(١) انظر فى معنى البطلان محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٩ ديسمبر سـنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١١٢ — وفى معنى الصحة محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٢ — وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٥٦ — وفى ٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٩١ — وفى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ — وفى معنى التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٥ — وفى ١٣ يونية سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٣١ .

وكانت بعض المحاكم الـكلية المختلطة تجزىء أحكام مرسوم سنة ١٩١٤ ، ففيه حكمان وهما اللذان يقرران السعر القانونى والسعر الإلزامى لأوراق البنك الأهلى ينفذان على الأجانب دون حاجة لموافقة الجمعية التشريعية لمحـكمة الاستئناف المختلطة ، لأنهما صدرا من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة ، وأما الحـكم الثالث وهو الذى ينص على بطلان شرط الذهب فلا ينفذ على الأجانب فى رأى هـذه المحاكم لأنه لم يصدر من الدولة المصرية بما لها من حق السيادة ، وهو يتناقض مع المادة ١٤٩ من القانون التجارى المختلط التى تقضى بأن وفاء الـكمبيالة يكون بالعملة التى تذكر فيهـا ، ولم توافق عليه الجمعية التشريعية . انظر فى أحكام المحاكم المختلطة فى هذا المعنى محكمة اسكندرية الـكلية فى ٢١ مارس سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٥ — وفى ٤ أبريل ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٦ — محكمة مصر الـكلية فى ٨ يونية سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٥٧ — وفى ٣١ يناير سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٣ ص ٢٦٢ (قضية الدين العام) . ومع ذلك أصدرت محكمة اسكندرية الـكلية المختلطة فى ٣ مارس سنة ١٩٣٤ حكماً قضت فيه بأن مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ يدخل فى أعمال السيادة وذلك فى جميع أحكامه ورتبت على ذلك أن شرط الذهب يكون باطلا (انظر فى هذا الحـكم وفى غيره من أحكام أخرى نظرية العقد للمؤلف ص ٥١٥ حاشية رقم ١) .

المسألة التى قام فيها الخلاف الجوهرى ، وهى قيمة شرط الذهب فى المعاملات الخارجية أو المعاملات ذات الصبغة الدولية . ذلك لأن المعاملات الداخلية لم يقم فى شأنها خلاف جدى ، إذ كان واضحاً أن شرط الذهب يجب أن يكون باطلا فى هذه المعاملات . وكذلك يجب أن يكون باطلا فى المعاملات الخارجية ، وقد صرح بذلك قانون سنة ١٩٣٥ ، لأن النص الذى ورد فى مرسوم سنة ١٩١٤ فى بطلان هـذا الشرط عام مطلق لا يميز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية كما قدمنا . وتقول المذكرة الإيضاحية لقانون سنة ١٩٣٥ فى هذا الصدد ما يأتى : « ... ذلك أنه يوجد نص صريح لا يحتمل أى تفرقة بين العقود التى يسرى عليها حكمه ، وليس ذلك لأن النص عام فحسب ، بل هو فوق ذلك صريح قاطع .. فالدفع أياً كان نوعه حتى لو كان سببه التزاماً دولياً داخل بلا شك فى عموم هذا النص . وليس من سبيل مع مثل هذا النص الذى حدد فيه الشارع مقاصده بكل جلاء ووضوح للأخذ بقضاء المحاكم الفرنسوية وقد بنى على اعتبارات خاصة بفرنسا مستمدة من أحوالها الاقتصادية . وذلك هو المعنى والمغزى الصحيح لمرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ ، ولنفس من شرع حكم ذلك المرسوم أن يزيد مقاصده وضوحا فيما يتعلق بالاتفاقات الدولية ، وألا يدع أى شك يحوم حول تطبيق القاعدة التى أتى بها مرسوم سنة ١٩١٤ والتى تقرر أمراً من أمور النظام العام ، على ذلك النوع من الاتفاقات ، عملا بنص المرسوم المذكور وروحه ، وأخذاً بما اقتضته وتقتضيه مصلحة البلاد العامة »[١] .

---

(١) وقد ورد فى صدر المذكرة الإيضاحية تفنيد للأحكام المصرية التى تقضى بالتمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية ننقله فيما يلى : « اتفق لبعض الأحكام فى سياق بحثها فى تطبيق مرسوم ٢ أغسطس سنة ١٩١٤ على الاتفاقات الداخلية (تلك التى تنشأ ويكون الوفاء بهـا فى القطر المصرى) أن تشير — عرضاً ودون أن تقيم الدليل على رأيها — إلى أن أحكام ذلك المرسوم لا تسرى على الاتفاقات ذات الصبغة الدولية . وذهبت أحكام أخرى فى دعاوى قائمة بالذات على هـذا النوع الأخير من الاتفاقات إلى أن مدى تطبيق المرسوم المذكور لا يتعدى حدود الديار المصرية ، وإلى أنه إذا صح تطبيقه على أحوال الوفاء داخل القطر فإنه لا يعفى المدين حيث يكون الوفاء فى الخارج من دفع دينه ذهباً . ومن أجل ذلك تنكر تلك الأحكام أن يكون لأوراق البنكنوت سعر رسمى إلزامى حتى فى داخل القطر المصرى إذا كان الوفاء تنفيذاً لاتفاقات ذات صبغة دولية لأن فى ذلك إضراراً بليغاً بالدائنين الذين يقتضون ديونهم فى القاهرة =

ويتبين من ذلك أن قانون سنة ١٩٣٥ أراده المشرع أن يكون قانوناً تفسيرياً يسرى على الماضى . وهو يتضمن النص الآتى : « تبطل شروط الدفع ذهباً فى العقود التى يكون الالتزام بالوفاء فيها ذا صبغة دولية والتى تكون قد قومت بالجنيهات المصرية أو الاسترلينية

= أو فى الاسكندرية ، ولأنه يترتب عليه تفرقة غير مقبولة فى المعاملة بين الدائنين . وواضح أن الأحكام المشار إليها تستمد التمييز بين نصوص الاتفاقات من القضاء الفرنسوى ، وإنما جاز ذلك التعبير فى فرنسا لعدم وجود حكم تشريعى يقضى ببطلان شرط الدفع ذهباً ، ولأن بطلان هـذا الشرط لم ينتج إلا من أن أوراق البنكنوت جعل لها سعر إلزامى إلى جانب سعرها الرسمى ، فـكان للمحاكم مطلق الحرية فى تحديد مدى بطلان شرط الدفع ذهباً مستوحية فى ذلك أسباب النظام العام القومى وحدها . ورغماً من الحملات المتكررة التى حملها بعض الفقهاء على أحكام القضاء فى هـذا الشأن فإن المحاكم لم تلق صعوبة فى الحكم ببطلان شرط الدفع ذهباً فى الاتفاقات الداخلية ، على أن سيرتها كانت غير ذلك بالنسبة للاتفاقات ذات الصبغة الدولية . وقد حاولت المحاكم الفرنسوية بأول الأمر (راجع حكم محكمة النقض والإبرام الصادر فى ٢ يونيه سنة ١٩٢٠) اعتبار شرط الدفع ذهباً باطلا إذا كان المدين فرنسوياً وصحيحاً حيث يكون من شأن وفاء الأجنبى بدينه دخول الذهب فى فرنسا . ولـكنها انتهت إلى اعتماد صحة شرط الدفع ذهبـاً فى العقود ذات الصبغة الدولية إطلاقاً . ويرى بعض الشراح أن المذهب الأخير لا يختلف عن المذهب الأول فى تحقيق المصالح القومية إذ كانت فرنسا دائنة للبلاد الأجنبية غير مدينة . وقد أيد قانون تثبيت النقد الصادر فى سنة ١٩٢٨ قضاء المحاكم بأن استثنى الديون الدولية المشروط دفعها ذهباً بقيمة الفرنك الجديد ، ولولا النص صراحة على هذا الاستثناء لانسحب حكم ذلك القانون على الديون الداخلية والدولية على السواء . على أنه بالرغم مما لقضـاء المحاكم الفرنسوية من قوة السند والحجة فإن التفرقة بين هذين النوعين من الوفاء (ولم يحاول أحد بناءها على أساس قانونى مقبول) غير مسلمة فى جميع البـلاد . فالمحاكم الانجليزية الثلاث التى نظرت فى دعوى شركة « تعاون البلديات البلجيكية للـكهرباء » قضت اثنتان منها (المحـكمة الابتدائية والمحكمة الاستئنافية) ببطلان شرط الدفع ذهباً ، وقضى مجلس اللوردات بصحة الشرط المذكور ، دون أن يجعل أى تلك الأحكام الثلاثة للصبغة الدولية للاتفاق أى شأن فيما ذهب إليه من الصحة أو البطلان ، ثم إن قانون النقد الانجليزى ينطبق على وتيرة واحدة على العقود الداخلية والدولية . وفى إيطاليا من جهة أخرى كان قد صدر قانون فى أول مايو سنة ١٨٦٦ يقضى على الحـكومة والأفراد بقبول التعامل بأوراق البنكنوت (وكان لها سعر إلزامى) بقيمتها الإسمية كما لو كان لها نفس القيمة الفعلية للمسكوكات ولو نص العقد على خلاف ذلك . وظل ذلك القانون معمولا به حتى سنة ١٨٨١ ، ولم تكن محاكم إيطاليا تفرق فى تطبيق هذا القانون بين العقود تبعاً لوصفها بأنها داخلية أو دولية ، وكانت تقضى ببطلان ما تضمنته الاتفاقات الدولية من شروط الدفع ذهباً . وفى مصر يحكى نظام أوراق البنكنوت من حيث سعرها الرسمى والإلزامى ما هو حاصل فى وقتنا هذا بأمريكا وبين سنتى ١٨٦٦ و ١٨٨١ فى إيطاليا . ذلك أنه يوجد نص صريح لا يحتمل أى تفرقة بين العقود التى يسرى عليها حكمه . . . » (مجموعة القوانين والمراسيم والأوامر لسنة ١٩٣٥ ص ١٧٣ — ص ١٧٥) .

أو بنقد أجنبي آخر كان متداولا قانوناً فى مصر (الفرنك والجنيه التركى) ، ولا يترتب عليها أى أثر . ولا يجرى هذا الحكم على الالتزام بالوفاء بمقتضى المعاهدات أو الاتفاقات الخاصة بالبريد أو التلغراف أو التليفون » .

ومنذ صدور هذا القانون استقر قضاء المحاكم المصرية على بطلان شرط الذهب فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء[1] .

ولا يزال هذا القانون سارياً إلى اليوم ، لأن التقنين المدنى الجديد لم يعرض لهذه المسألة ، بل تركها للتشريعات الخاصة باعتبارها من المسائل الاقتصادية المتغيرة[2] . وقانون

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٤٢ . وقد قضت هذه المحكمة فى حكم آخر (٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٣) بأن بطلان شرط الذهب والشروط المماثلة فى عقد لا يستتبع بطلان العقد كله أو بطلان الشروط الأخرى التى اتفق عليها المتعاقدان وتلاقت عندها إرادتاها فى صدد طريقة وفاء الدين ومواعيد الوفاء والفوائد وغير ذلك . وحيث يكون شرط الذهب ممنوعاً فإنه يكون باطلا سواء كان صريحاً أو ضمنياً ، فيكون إذن باطلا كل شرط — أياً كانت صورته — أملاه اعتبار يرجع لعدم الثقة فى العملة الوطنية ، وبخاصة الشروط التى يخير بمقتضاها المتعاقد بين أنواع العملة وشروط الدفع بعملة أجنبية . وأن المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ نبذ على وجه قاطع التمييز ما بين المعاملات الداخلية والمعاملات الدولية . وإذا كان شرط الذهب المتفق عليه فى عقد قرض باطلا ، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب على أساس المسئولية التقصيرية وبدعوى الغش بمبلغ يساوى ما خسره من جراء نزول الجنيه المصرى ، فإن ذلك يكون تحايلا منه للحصول بطريق غير مباشر على ما لم يستطع الحصول عليه بطريق مباشر بمقتضى شرط الذهب — ومع ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحكام أخرى بأنه إذا اشترط أن يكون الدفع بعملة أجنبية صح الشرط ، ووجب الدفع بهذه العملة : ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٢ — ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣ .

(٢) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٢٢٥ فى الهامش) أن المشروع التمهيدى تضمن نصاً (م ١٨٧) يحرم شرط الذهب ولكن يبيح فى الوقت ذاته شرط الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها . وقد حذف النص فى المشروع النهائى لأنه يقرر حكماً فى مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص . وكانت مزية هذا النص أنه يحسم الخلاف فى صحة شرط الوفاء بنقود أجنبية محسوبة بسعر قطعها . والآن وقد حذف النص فإن الخلاف فى صحة هذا الشرط يبقى قائماً ، وقد رأينا تضارب أحكام القضاء المختلط فى هذه المسألة .

[يراجع حكم محكمة النقض الصادر فى ٩ يناير سنة ١٩٥٨ (مجموعة أحكام النقض المدنية السنة ٩ رقم ٥ ص ٦٢) حيث قضى بأنه اذا اتفق فى عقد البيع على الوفاء بالثمن بما يعادل الليرة العثمانية الذهبية من الجنيهات المصرية وانتهى الحكم المطعون فيه إلى أن هذا الاتفاق لا ينطوى على شرط الدفع بالذهب وأصبح قضاؤه فى ذلك حائزاً لقوة الأمر المقضى (بعد نزول المطعون عليه عن نقضه الفرعى) فانه لا يجوز =

سنة ١٩٣٥ هو التشريع الخاص الذى لا يزال قائماً والذى يرجع إليه فى بطلان شرط الذهب ، دون تمييز بين المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية[1] .

المبحث الثالث

المحل قابل للتعامل فيه

(Dans le commerce)

(النظام العام والآداب)

٢٢٧ — *متى يعتبر الشىء غير قابل للتعامل فيه* : يكون الشىء غير قابل للتعامل فيه ، فلا يصلح أن يكون محلا للالتزام ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأبى ذلك ، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع .

= المجادلة فيه بعد ذلك بحجة تعلق بطلان هذا الشرط بالنظام العام لأن قوة الشىء المقضى إذا تعارضت مع قاعدة من قواعد النظام العام كانت هى الأولى بالرعاية والاعتبار .

وقضت محكمة النقض فى ١٩٥٤/١٢/٩ (مجموعة أحكام النقض المدنية السنة ٦ رقم ٣١ ص ٢٤٤) بما يفيد صحة الاتفاق على وفاء الدين بالجنيه المصرى طبقاً لسعر الليرة الرسمى فى بورصة روما فى ميعاد الاستحقاق] .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن رغبة المشرع قد بدت جلية فى الابقاء على هذا التشريع الخاص (المرسوم الصادر فى ٢ من أغسطس سنة ١٩١٤ والمرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥) بما تضمنه من أحكام خاصة ببطلان شرط الذهب ، فلم يضمن التقنين المدنى الجديد نصوصاً فى هذا المعنى بل إن لجنة المراجعة قد حذفت من المشروع التمهيدى نص المادة ١٨٧ التى كانت تتناول بالتنظيم ما تضمنه هذا التشريع الخاص — وذلك اعتباراً بأن ذلك النص يقرر حكما فى مسائل اقتصادية متغيرة يحسن تركها لقانون خاص هو ذلك المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥ الذى يحكم المعاملات الداخلية والخارجية ويقضى ببطلان شرط الذهب فى كليهما وسواء فى ذلك أكان المشروط هو وجوب الوفاء بالذهب أو كان المشروط هو وجوب الوفاء بما يعادل قيمة الذهب Valeur or — ذلك أن اشتراط الوفاء فى هذه الحالة الأخيرة بعملة ورقية على أساس قيمتها ذهباً ليس إلا تحايلا على القانون الذى فرض للعملة الورقية سعراً الزاماً . ولا جدوى من إبطال شرط الدفع بالذهب إذا لم يتناول البطلان هذه الصورة (نقض مدنى فى ١٩٦٠/٢/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ رقم ٢٠ ص ١٢٦)] .

فالشيء لا يكون قابلا للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلا للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر . ويرجع عدم القابلية للتعامل إلى استحالته[1] . وقد يصبح التعامل ممكناً فى هذه الأشياء من بعض النواحى ، فأشعة الشمس يحصرها المصور (الفوتوغرافى) ، والهواء يستعمله الكيمائى فى أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلا للامتلاك . فعند ذلك تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحى الخاصة ، وتصلح إذن أن تكون محلا للالتزام .

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذى خصص له . فالملك العام لا يصح بيعه ولا التصرف فيه لأنه مخصص لمنفعة عامة ، وتخصيصه هذا يتنافى مع جواز التصرف فيه . والمال الموقوف ، يجعل ريعه لسلسلة من المنتفعين ، يقتضى ألا يجوز التصرف فيه ما دام وقفاً . وعدم القابلية للتعامل هنا نسبى . فالملك العام إذا كان لا يصلح محلا للتصرف فإنه يصلح محلا للايجار ، كما فى شغل جزء من الطريق العام أو منح رخصة لإقامة حمامات أو « كابينات » على شواطىء البحار . والمال الموقوف إذا كان لا يجوز بيعه فإنه يجوز إيجاره . والضابط فى كل هذا أن عدم القابلية للتعامل إنما يرجع إلى الغرض الذى خصص الشيء له ، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذى لا يتنافى معه فهو جائز .

وقد يكون الشيء غير قابل للتعامل لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص فى القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو للآداب . على أن نص القانون الذى يمنع من التعامل فى الشيء يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هى ذاتها إلى النظام العام أو إلى الآداب . فما ورد فيه نص يحرم التعامل فيه إنما هو فى الوقت عينه مخالف للنظام العام أو للآداب أولهما معاً . ووجود النص دليل على عناية المشرع بالأمر

---

(١) أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مال مباح ، كالطير فى الهواء والسمك فى البحر ، ويملكه من يستولى عليه ويستطيع أن يتعامل فيه .

فآثر أن يورد له نصاً . أو هو إيضاح فى مقام قد يكون عدم النص فيه مؤدياً للغموض ، كالنص الذى يحرم التعامل فى التركة المستقبلة . أو تحديد لأمر يرى المشرع تحديده ، كما حدد الربا الفاحش . أو هو تحريم لأمر تقضى ظروف البلد الخاصة بتحريمه ، كما حظر المشرع المصرى الاتجار فى الحشيش والمخدرات وكما حرم بيع الوفاء . فيمكن القول إذن إن المحل يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، سواء ورد نص فى القانون بتحريمه أو لم يرد . وتقرر المادة ١٣٥ من القانون المدنى الجديد هذه القاعدة العامة فى العبارات الآتية : « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا »[1] . فلا يجوز إذن أن يكون الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلا للالتزام ؛ ويستتبع ذلك أنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف النظام العام أو الآداب .

فإذا عرفنا النظام العام والآداب أمكن أن نقرر ما إذا كان نص معين فى القانون يعتبر من النظام العام أو الآداب فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفه ، وأمكن أيضاً أن نقرر حتى عند انعدام النص ما إذا كان الشيء مخالفاً للنظام العام أو الآداب فلا يصح أن يقوم عليه الالتزام . وهذا ما نتولى الآن بحثه .

٢٢٨ — النظام العام والآداب[*] L'ordre public et les bonnes moeurs :

القواعد القانونية التى تعتبر من النظام العام هى قواعد يقصد بها إلى تحقيق

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٨٨ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : « يكون محل الالتزام غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب » . وفى لجنة المراجعة عدل النص لإيراد الحكم القاضى ببطلان العقد ، فأصبح مماثلا للنص الذى انتهى إليه القانون الجديد ، وقدم فى المشروع النهائى تحت رقم ١٣٩ . ووافق مجلس النواب عليه تحت الرقم ذاته . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٣٥ ، وكذلك وافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٤) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٦ (مطابق) — الليبى م ١٣٥ (مطابق) — العراقى م ١٣٠ (موافق) — اللبنانى م ١٩٢ (موافق) .

(*) بعض المراجع : بارتان (Bartin) فى الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للآداب — سافاتييه (Savatier) آثار الواجب الأدبى وجزاؤه (رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦) مارميون =

مصلحة عامة ، سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد . فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم ، حتى لو حققت هـذه الاتفاقات لهم مصالح فردية ، فإن المصالح الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة . ويلاحظ أن دائرة النظام العـام تضيق إذا تغلبت نزعة المذاهب الفردية ، فإن هـذه المذاهب تطلق الحرية للفرد ، فلا تتدخل الدولة فى شؤونه ، ولا تحميه إذا كان ضعيفاً ، ولا تكبح جماحه إذا كان قوياً ، فإذا تغلبت النزعة الاشتراكية ومذاهب التضامن الاجتماعى اتسعت دائرة النظام العام ، وأصبحت الدولة تقوم بشئون كانت تتركها للفرد ، وتتولى حماية الضعيف ضد القوى ، بل هى تحمى الضعيف ضد نفسه ، كما رأينا ذلك فى عقود الإذعان وفى نظرية الاستغلال . ولا نستطيع أن نحصر النظام العام فى دائرة دون أخرى ، فهو شيء متغير ، يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس فى حضارة معينة « مصلحة عامة » . ولا توجد قاعدة ثابتة تحـدد « النظام العام » تحديداً مطلقاً يتمشى على كل زمان ومكان ، لأن النظام العام شيء نسبى . وكل ما نستطيعه هو أن نضع معياراً مرناً يكون معيار « المصلحة العامة » ، وتطبيق هذا المعيار فى حضارة معينة يؤدى إلى نتائج غير التى نصل إليها فى حضارة أخرى[1] .

= (Marmion) فى قوانين النظام العام (رسالة من باريس سنة ١٩٢٤) ريبير (Ripert) فى القاعدة الخلقية فى الالتزامات — تشافداروف (Chavdaroff) فى الآداب (رسالة من تولوز سنة ١٩٢٧) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هـذا الصدد ما يأتى : « ويلاحظ أن فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً . وقد بلغ من أمر مرونتها أن عمد التقنين الألمانى إلى إغفال النص عليها عند صياغة المادة ١٣٨ . فعلى أثر مناقشات هامة عنيفة جرت بوجه خاص فى مجلس الريشستاج انتهى الأمر إلى استبعاد نصوص مختلفة جاء فيها ذكر العقد المخالف للآداب وللنظام العام كذلك . وكان الاعتقاد السائد أن نظرية النظام العام تنطوى على فكرة عامة مجردة قد تترتب عليها نتائج بالغة الخطورة ، من بينها أن القاضى ربما أباح لنفسه أن يتخذ من النظام العام نظرية فلسفية أو دينية يبنيها على مجموعة المبادىء الدستورية أو على سياسة التشريع العامة أو على رأيه الخاص فى المسائل الاجتماعية أو الفلسفة الأخلاقية أو الدينية . وقد دافع الحزب الاشتراكى بكل قوته عن النص المقرر لفكرة النظام العام . وكان يرمى من ذلك إلى اعتبار كل عقد لا يتفق ومبادىء حماية الطبقة العاملة مخالفاً للنظام العام . على أن هذه النتائج بذاتها هى التى جعلت غالبية أعضاء الريستاج تنفر من النص المقرر للنظام العام ومن كل معيار نظرى ، وترغب فى =

والآداب ، فى أمة معينة وفى جيل معين ، هى مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبى يسود علاقاتهم الاجتماعية . وهذا الناموس الأدبى هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس . وللدين أثر كبير فى تكييفه . وكلما اقترب الدين من الحضارة ، كلما ارتفع المعيار الخلقى ، وزاد التشدد فيه . ومن هنا نرى أن العوامل التى تكيف الناموس الأدبى كثيرة مختلفة . فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك ، بل فى الصميم منه ، ميزان إنسانى يزن الحسن والقبح ، ونوع من الإلهام البشرى يميز بين الخير والشر ، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبى الذى تخضع الناس له ، ولو لم يأمرهم القانون بذلك . ومعيار الآداب أو « الناموس الأدبى » ليس معياراً ذاتياً يرجع فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتى ، بل هو معيار اجتماعى يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس . وهو فى ذات الوقت معيار غير ثابت ، يتطور تبعاً لتطور الفكرة الأدبية فى حضارة معينة . فهناك أمور كانت تعتبر مخالفة للآداب فيما مضى ، كالتأمين على الحياة والوساطة فى الزواج والعرى ، أصبحت الآن ينظر لها نظراً آخر . وهناك بالعكس أمور أصبحت الآن مخالفة للآداب كالاسترقاق وإدخال المهربات فى بلاد أجنبية ، وكانت من قبل غير ذلك[1] .

= وضع معيار عملى بحت قوامه العرف والمبادىء المستقاة من الآداب العامة . وعلى هذا النحو لا تكون الاتفاقات التى أشار إليها الحزب الاشتراكى باطلة طبقاً لمذهب من المذاهب الاشتراكية وإنما بناء على التيار الإجماعى للآداب العامة (تعليقات على التقنين الألمانى الجزء الأول ص ١٥٤ — ص ١٥٥) . ومهما يكن من أمر فليس فى الوسع نبذ فكرة النظام العام دون أن يستتبع ذلك إطراح ما توطد واستقر من التقاليد . وقد رؤى من الواجب أن يفرد مكان لهذه الفكرة فى نصوص المشروع لتظل منفذاً رئيسياً تجد منه التيارات الاجتماعية والأخلاقية سبيلها إلى النظام القانونى لتبث فيه ما يعوزه من عناصر الجدة والحياة . بيد أنه يخلق بالقاضى أن يتحرز من إحلال آرائه الخاصة فى العدل الاجتماعى محل ذلك التيار الجامع للنظام العام أو الآداب . فالواجب يقتضيه أن يطبق مذهباً عاماً تدين به الجماعة بأسرها لا مذهباً فردياً خاصاً » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٣) .

(١) وقد يستعين القانون على جعل القواعد الخلقية تتدخل فى الروابط القانونية من طريق الالتزام الطبيعى . فالاعتراف بالجميل قاعدة خلقية لا يجعلها القانون ملزمة ، ولكن إذا أعطى شخص آخر مالا ، لا تكرما منه بل اعترافاً بجميل عليه ، فالقانون يعد هذا وفاء لالتزام طبيعى وليس تبرعاً . فالقانون إذن قد ينهى بطريق غير مباشر عما تنهى عنه الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل الاتفاق المخالف للآداب باطلا . وقد =

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذى تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية ، فتؤثر فى القانون وروابطه ، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فى الجيل والبيئة . وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات ، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، وما تواضعوا عليه من آداب ، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية . كل هذا يترك للقاضى يفسره التفسير الملائم لروح عصره ، فالقاضى يكاد إذن يكون مشرعاً فى هذه الدائرة المرنة ، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة[1] . ونحن فى العصور الحاضرة نشهد تغلب النزعة الاشتراكية واتساع دائرة النظام العام من ناحية ، ونشهد من ناحية أخرى تأثر القانون المضطرد بالعوامل الخلقية ، حتى صح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الاشتراكية والروح الخلقية فى القانون (socialisation et moralisation du droit)[2] . على أن الفكرتين اللتين تسودان النظام العام والآداب ، فتبعثان فيهما الخصب والمرونة والقابلية للتطور هما :

(أولا) فكرة المعيار ، فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة . ومعيار الآداب هو الناموس الأدبى ، وهما معياران موضوعيان لا ذاتيان .

(وثانياً) فكرة النسبية . فلا يمكن تحديد دائرة النظام العام والآداب إلا فى أمة معينة ، وفى جيل معين .

= يأمر ، بطريق غير مباشر أيضاً ، بما تأمر به الأخلاق مباشرة ، بأن يجعل هذا الذى تأمر به التزاماً طبيعياً فى ذمة المدين .

(١) ومن هنا كان البت فيما إذا كانت قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام أو من الآداب مسألة قانون ، تخضع لرقابة محكمة النقض .

(٢) ومما هو جدير بالذكر أنه حيث تتسع دائرة النظام العام يضيق مبدأ سلطان الإرادة ، وحيث تضيق هذه الدائرة يتسع المبدأ . وقد سبق أن بينا أن مبدأ سلطان الإرادة يتقيد بالنظام العام والآداب .

وخير سبيل لتحديد ما يراد بالنظام العام والآداب أن نورد تطبيقات عملية لذلك ، فنستعرض اتفاقات تخالف النظام العام . وأخرى تخالف الآداب ، فى عصرنا الحاضر .

المطلب الأول

الاتفاقات التى تخالف النظام العام

٢٢٩ — روابط القانون العام وروابط القانون الخاص : حاول بعض الفقهاء حصر النظام العام فى دائرة روابط القانون العام ، وهذه نظرة فردية متطرفة يكذبها الواقع ، فإن النظام العام يدخل دون شك فى روابط القانون الخاص ، ولا يقتصر على دائرة القانون العام . وقد أريد التمييز فى روابط القانون الخاص بين روابط الأحوال الشخصية وروابط المعاملات المالية ، فالأولى تعتبر من النظام العام والأخرى لا تعتبر كذلك ، وهذه أيضاً نظرة ضيقة للنظام العام ، فمن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة كما يتبين ذلك من التطبيقات التى سنوردها .

§ ١ — روابط القانون العام

٢٣٠ — أنواع هذه الروابط : القانون العام ينظم روابط الأفراد بالهيئات العامة وروابط الهيئات العامة بعضها ببعض . وهذا التنظيم ينظر فيه إلى المصلحة العامة ، فلا يجوز للأفراد أن يتفقوا على ما يتعارض مع هذه المصلحة تحقيقاً لمصالحهم الفردية .

ويشمل القانون العام فيما يشمله : (١) القواعد الدستورية والحريات العامة . (٢) النظم الإدارية والمالية . (٣) النظام القضائى . (٤) القوانين الجنائية . ونورد أمثلة لكل فرع من هذه الفروع .

٢٣١ — القواعد الدستورية والحريات العامة : فالقاعدة الدستورية التى تقرر حرية الترشيح والانتخاب تعتبر من النظام العام ، ولا يجوز لمرشح أن ينزل عن ترشيحه لمرشح آخر بمقابل أو بغير مقابل ، كما لا يجوز لناخب أن يتفق مع مرشح على إعطائه صوته ،

وكل اتفاق من هذا القبيل باطل لمخالفته للنظام العام. كذلك النائب فى هيئة تشريعية حر فى تكوين رأيه فى المسائل التى تعرض على الهيئة التى ينتمى إليها ، فلايجوز أن يقيد نفسه باتفاق على أن يجعل صوته لرأى معين ، كما لا يجوز له النزول عن عضويته .

والحريات العامة التى قررها الدستور هى أيضاً من النظام العام ، وذلك كالحرية الشخصية ، وما يتفرع عنها من حرية الإقامة ، وحرية الزواج ، وحرمة النفس والحرمة الأدبية ، وحرية الدين والاعتقاد ، وحرية الاجتماع ، وحرية العمل والتجارة .

فلايجوز لأحد النزول عن حريته الشخصية (أنظر المادة ٤٩ من التقنين المدنى الجديد) . ولا يجوز لأحد أن يتعهد بخدمة آخر طول حياته أو طول حياة المخدوم ، فإذا كان عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات ، جاز للعامل بعد انقضاء خمس سنوات أن يفسخ العقد دون تعويض على أن ينظر رب العمل إلى ستة أشهر (أنظر الفقرة الثانية من المادة ٦٧٨ من التقنين المدنى الجديد) .

وتنص المادة السابعة من الدستور على أنه « لا يجوز إبعاد مصرى من الديار المصرية . ولا يجوز أن يحظر على مصرى الإقامة فى جهة ما ولا أن يلزم الإقامة فى مكان معين إلا فى الأحوال المبينة فى القانون » . ومع ذلك يجوز أن يتقيد شخص بتحديد محل إقامته لمدة معينة إذا كان هناك سبب مشروع لذلك ، كما يجوز أن يتعهد شخص بعدم الإقامة فى جهة معينة إذا وجد مبرر قوى لهذا التعهد . وفى الحالتين يكون جزاء الإخلال بالالتزام هو التعويض لا التنفيذ العينى .

وحرية الزواج من النظام العام . فإذا تعهد شخص ألا يتزوج مطلقاً ، كان هذا التعهد فى الأصل باطلا، كما إذا تعهدت امرأة لخليلها السابق ألاتتزوج أصلا . ومع ذلك قد يكون التعهد صحيحاً إذا وجد سبب مشروع يبرره ، كما إذا تعهدت زوجة لزوجها ألا تتزوج بعد ترملها وكان لها من زوجها أولاد يريد الزوج أن يكفل لهم رعاية أمهم بعد موته . وإذا كان التعهد صحيحاً ، فلا يكون جزاء الإخلال به بطلان الزواج ، بل يدفع

المتعهد تعويضاً عن إخلاله بالتزامه ، ويغاب أن يكون الجزاء هو حرمان المتعهد من الهبة أو الوصية التى أعطيت له أو من المعاش الذى رتب له . وإذا تعهد شخص بأن يتزوج من شخص معين ، فهو غير مقيد بتعهده ، ويجوز له العدول عن هذه الخطبة أو عن هذا التعهد ، ولا يكون مسئولا بمقتضى العقد وإن جاز أن يلتزم بالعمل غير المشروع لفسخه الخطبة فى وقت غير لائق أو لارتكابه خطأ .

وللنفس حرمة لا يجوز انتهاكها باتفاقات تتعارض مع سلامتها . فيكون باطلا كل اتفاق يتعهد بمقتضاه شخص أن يعرض سلامته لخطر لا توجبه الضرورة ، كالاتفاق على المبارزة أو الملاكمة أو المصارعة ، وإن كان هناك ميل فى الوقت الحاضر إلى إباحة التعاقد فى الألعاب الرياضية حتى لو كانت عنيفة كالملاكمة والمصارعة لانتشار هذه الألعاب ورضاء الرأى العام عنها . ولحرمة النفس الحرمة الأدبية لا يجوز انتهاكها . فلا يصح أن يتنازل مؤلف عن حقه الأدبى فى إدخال ما يراه من التعديل على تأليفه ، حتى لو كان قد نزل عن حقوقه المادية فى مؤلفه .

ويكون باطلا كل اتفاق يقيد من حرية الشخص فى اعتناق الدين الذى يختاره ، وكل اتفاق يقيد الشخص بعقيدة معينة أو بمذهب معين من مذاهب التفكير .

ولكل شخص الحق فى أن يجتمع مع غيره ، فى هيئة أو جماعة ، وأن ينتمى إلى ما يشاء من الجمعيات ما دام الغرض الذى تألفت من أجله هذه الجمعيات مشروعاً . وأكثر ما يطبق هذا المبدأ فى حالة نقابات العمال ، فلكل عامل الحق فى الانضمام إلى النقابة التى يختارها ، وهو حر كذلك فى ألا ينضم إلى نقابة ما . على أنه قضى بصحة اتفاق تعهد صاحب العمل بمقتضاه ألا يستخدم من العمال إلا من كان منضما إلى نقابة ، فتقيدت بذلك حرية العامل على نحو ما فى أن يبقى بعيداً عن النقابات[1] .

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٦ داللوز ١٩١٦ — ١ — ٢٤ — ٢٤٧ وسيريه ١٩٢٠ — ١ — ١٧ مع تعليق بنكاز — أنظر فى هذه المسألة بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٤٨ .

ولكل شخص الحرية الكاملة فى اختيار العمل الذى يتخذه حرفة له وفى القيام بما يشاء من أنواع التجارة . ولايجوز أن يحرم شخص من هذه الحرية ولورضى بهذا الحرمان. وأكثر ما ترد القيود الاتفاقية على حرية التجارة والعمل فى عقود بيع المتاجر وفى عقود العمل . فإذا باع صاحب المتجر متجره ، فهو ملزم بضمان تعرضه الشخصى بمقتضى عقد البيع ذاته . ولا يجوز له بناء على ذلك أن يدير متجراً آخر ينتزع به عملاء المتجر القديم ، وإلا كان متعرضاً للمشترى ووجب الضمان . ولكن المشترى لا يكتفى عادة بهذا الضمان الذى يقرره القانون . بل يشترط فى عقد البيع أن يكف البائع عن العمل فى هذا النوع من التجارة . كذلك كثيراً ما يشترط صاحب العمل على من يستخدمه فى عمله ألا يلتحق بعمل مماثل إذا انقطع عن عمله الأول . فيأمن بذلك على أسرار الصنعة أن يستغلها العامل فى منافسته بعد أن يكون قد ألم بها عنده . فإذا تعهد شخص بألا يعمل فى تجارة معينة أو يلتحق بعمل معين ، فقد قيد بذلك من حريته فى التجارة والعمل . وقد يكون هذا القيد مخالفاً للنظام العام . وكان القضاء فى فرنسا وفى مصر يبطل القيد لمخالفته للنظام العام إذا كان مطلقاً غير محدود لا بزمان ولا بمكان . أما إذا قيد بزمان ، كأن يتعهد الشخص بأن يمتنع عن العمل أو التجارة مدة معينة ، أو بمكان ، كأن يلتزم المتعهد بالامتناع عن العمل أو التجارة فى مكان معين ، كان التعهد صحيحاً(١) . ثم بدا ميل من جانب القضاء إلى العدول عن هذه القواعد الجامدة واستبدال معيار مرن بها ، فلا يكون المدار فى الصحة والبطلان أن يتقيد التعهد بزمان أو بمكان أولا يتقيد ، بل المهم أن يكون التعهد معقولا

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ٢ يولية سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ١٧٥ — حكم ثان فى ١٤ مارس سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٤ — ١ — ٤٤٤ — حكم ثالث فى ١٥ يونية سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٢٠٠ .

وانظر محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٧ مارس سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٢٠ ص ٢٥٠ — محكمة بنى سويف فى ٢٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩٥ ص ١٨٤ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى٢١ يولية سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم٣٢٥ ص٦٥٥ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٦ — وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢ — وفى ٢ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٦ .

(raisonnable) لاتعسف فيه . ولا يكون هناك تعسف إذا كان التعهد لازماً لحماية الدائن من منافسة المدين غير المشروعة حتى لو كان هذا التعهد مطلقاً من كل قيد فى الزمان أو فى المكان ، ويكون التعهد باطلا إذا ما زاد عن الحد اللازم لهذه الحماية المشروعة حتى لو كان مقيداً فى الزمان وفى المكان . فالعبرة إذن بمعقولية التعهد لا بتقييده[1] . وقد جاء التقنين المدنى الجديد مؤيداً هذا المعيار المرن . فاشترط لصحة القيد أن يكون مقصوراً من حيث الزمان والمكان ونوع العمل على القدر الضرورى لحماية مصالح رب العمل المشروعة (م ٦٨٦) ، وإذا اتفق على شرط جزائى فى حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة وكان فى الشرط مبالغة تجعله وسيلة لإجبار العامل على البقاء فى خدمة رب العمل مدة أطول من المدة المتفق عليها كان هذا الشرط باطلا وينسحب بطلانه أيضاً إلى شرط عدم المنافسة فى

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٧ مايو سنة ١٩١١ سيريه ١٩١٣ — ١ — ٢٥٣ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٦٠ — وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٢ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ ص ١٦٢ رقم ١٤٦ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣ نوفبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٤٢٩ ص ٧٩٠ .

وانظر فى هذا الموضوع رسالة لنا باللغة الفرنسية فى القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل — ليون سنة ١٩٢٥ — وانظر أيضاً لاباتى (Labatut) فى القيود الاتفاقية الواردة على حرية التجارة والصناعة والعمل فى القضاء الفرنسى — تولوز سنة ١٩٢٨ .

[وقضت محكمة النقض بأنه إذا باع شخص لآخر محلا تجارياً بما فيه من بضائع وتعهد البائع فى عقد البيع بألا يتجر فى البضائع التى يتجر فيها المشترى فى الشارع الذى يقع فيه المحل المبيع ، ولكن البائع فتح محلا بنفس العمارة التى بها المحل المبيع واتجر فى بعض أنواع البضائع التى شملها عقد البيع ، حق للمشترى مطالبة البائع بالتعويض دون حاجة إلى تكليفه بإثبات الضرر الذى لحقه من جراء هذه المخالفة ، إذ مجرد إخلال البائع بواجب الضمان المتفق عليه من شأنه أن ينقص من قيمة المحل المبيع وهذا بذاته يعتبر ضرراً مفترضاً بحكم واجب الضمان الملتزم به البائع . (نقض مدنى فى ١٩٥٦/٣/٨ مج سنة ٧ رقم ٤٢ ص ٢٩١)

كما قضت بأن ضمان البائع المترتب على بيع المتجر يلزم البائع بعدم التعرض للمشترى فى انتفاعه بالمتجر وبالامتناع عن كل عمل يكون من شأنه الانتقاص من هذا الانتفاع مما يتفرع عنه أن الالتزام بعدم المنافسة فى شتى صوره ومنها حظر التعامل مع العملاء — لا يكون باطلا إلا إذا تضمن تحريم الاتجار كلية على البائع لأنه يكون فى هذه الحالة مخالفاً لمبدأ حرية التجارة وحرية العمل وهما من النظام العام ، أما إذا كان الشرط محدداً من حيث الموضوع ومن حيث الزمان أو المكان وكان التحديد معقولا وهو ما يدخل فى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فإنه يكون صحيحاً (نقض مدنى فى ١٩٦٢/٦/٧ مج سنة ١٣ رقم ١١٤ ص ٧٦٤)] .

جملته (م ٦٨٧)[١] .

٢٣٢ — **النظم الإدارية والمالية** : كذلك النظم الإدارية والمالية تحقق مصلحة عامة ، فهى إذن من النظام العام . ولا يجوز للأفراد ، باتفاقات خاصة ، أن يعارضوا تحقيق هذه المصلحة .

فيحرم على الموظف أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لآخر ، على أن الوظيفة ذاتها شيء لا يجوز التعامل فيه فلا يصح أن يكون محلا لتصرف ما . كذلك لا يجوز للموظف أن يتعهد لشخص آخر بأن يستقيل من وظيفته ، سواء رمى من وراء هذه الاستقالة إلى تحقيق رغبة لدى هذا الشخص ، أو قصد منها أن يترك له وظيفته خالية حتى يتمكن من الحصول عليها . وكل عقد يرمى إلى جعل الموظف يستفيد من وراء وظيفته ، كأن يتعاقد على شيء متصل بأعمال الوظيفة فيجنى من وراء ذلك ربحاً ، يكون عقداً باطلا لمخالفته للنظام العام . وليس الأمر مقصوراً على الموظف ، فكل وسيط يبذل وساطته فى نظير مقابل يحصل عليه للوصول إلى نتيجة تحتم النزاهة فى الإدارة أن يكون الوصول إليها دون مقابل أو وساطة إنما يقوم بعمل غير مشروع ، ويكون تعاقده باطلا . فاتفاق الوسيط مع شخص على جعل يأخذه الوسيط إذا مكن هذا الشخص من الحصول على وظيفة أو على رتبة أو على وسام أو على امتياز من الحكومة أو « مقاولة » يرسو « العطاء » عليه فيها أو نحو ذلك يكون اتفاقاً باطلا لمخالفته للنظام العام[٢] . كذلك لا يجوز للموظف أن يقوم بعمل تجارى محرم

---

(١) ولكن التصرف فى العملاء يجوز على النحو الآتى : يتعهد طبيب مثلا ألا يباشر مهنة الطب فى جهة معينة وأن يقدم الطبيب الجديد — وهو الدائن فى هذا التعهد — لعملائه على اعتبار أنه خليفته ، ويصحب هذا التعهد فى الغالب تنازل من الطبيب القديم إلى الطبيب الجديد عن إيجار المكان الذى جعل فيه « عيادته » . (انظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٥٠٣ هامش رقم ٢) .

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ٢٥٥ (السعى للحصول على رتبة أو نيشان) — وانظر أيضاً فى المعنى ذاته محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٥ يونية سنة ١٩٠١ الحقوق ٦ ص ١٧٩ — المجموعة الرسمية ٣ رقم ٢/٨٥ . [وفى نفس المعنى محكمة مصر القديمة الجزئية فى ١٩٥١/٤/١٥ المجموعة الرسمية السنة ٥١ رقم ٧٥ ص ١١٩ (تحرير سند بدين الموظف بمصلحة التليفونات نظير السعى للحصول على تليفون)] .

عليه بل إن هناك من المهن . كالطب والمحاماة ، ماينظم تنظيماً إدارياً ، ولايجوز لمن يمارسها أن يخلط بينها وبين أعمال التجارة[١] .

وإذا فرض قانون ضريبة وجب دفعها دون زيادة أو نقص . فإذا اتفق البائع والمشترى على ذكر ثمن فى عقد البيع أقل من الثمن الحقيقى حتى تؤخذ رسوم التسجيل على الثمن المذكور فى العقد ، ففى مثل هذه الحالة تكون العبرة بالثمن الحقيقى لا بالثمن الصورى المكتوب . ولا يجوز كذلك الاتفاق على جعل الملزم بدفع الضريبة شخصاً آخر غير الذى عينه القانون . لكن يجوز أن يتفق المؤجر والمستأجر على أن يقوم الثانى بدفع الضريبة المفروضة على العين المؤجرة بشرط أن يدخل ذلك فى حساب الأجرة . ولا يمنع هذا الاتفاق من أن يبقى المؤجر ، إذا كان هو مالك العين ، ملزماً بأداء الضريبة لخزينة الدولة .

وقد رأينا فيما تقدم أن القوانين التى تنظم النقد والعملة تعتبر من النظام العام ، وأن شرط الدفع بالذهب باطل فى المعاملات الداخلية والمعاملات الخارجية على السواء[٢] .

٢٣٣ — النظام القضائى : نظم التقاضى تحقق فى مجموعها « مصلحة عامة » ، وكثير من هذه النظم لا تجوز معارضته باتفاقات فردية .

فتحديد اختصاص المحاكم — فيما عدا الاختصاص المحلى والاختصاص بسبب قيمة الدعوى — يعتبر من النظام العام . ولا يجوز للخصوم أن يتفقوا على اختصاص محكمة تكون غير مختصة بالنسبة إلى ولايتها أو بالنسبة إلى اختصاصها النوعى فيما عدا قيمة الدعوى فيرفعوا قضية من اختصاص المحاكم الإدارية إلى محكمة من المحاكم العادية أو قضية من اختصاص المحاكم الابتدائية إلى محكمة جزئية . وقد كان تقنين المرافعات الوطنى القديم

---

(١) فلا يجوز للمحامى أن يجعل وسيطاً بينه وبين موكليه ويؤجر الوسيط على وساطته ، فهذا نوع من السمسرة يأباه شرف المهنة . ولا يجوز أن يتفق طبيب مع صيدلى على أن يرسل الطبيب عملاءه للصيدلى ليشتروا منه الأدوية اللازمة لهم فى مقابل جعل . ولا يجوز للمحامى أن يأخذ فى مقابل « أتعابه » جزءاً من الحق المتنازع عليه ، فإن هذا نوع من الاتجار بالمهنة واستغلال لضعف الموكل .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٢٢٦ .

لا يعتبر مسائل الاختصاص النوعى من النظام العام[١].

وقابلية الحكم للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر أو نحو ذلك قد تعتبر من النظام العام . فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على أن المعارضة جائزة فى حكم حضورى ، أو أن الاستئناف جائز فى حكم لا يقبله . ولكن يجوز الاتفاق على أن الحكم الذى يصدر من محكمة أول درجة لا يستأنف ولا يعارض فيه حتى لو كان قابلا للاستئناف أو للمعارضة[٢].

٢٣٤ — القوانين الجنائية : ولا تجوز مخالفة القوانين الجنائية باتفاقات خاصة ، لأن هذه القوانين تعتبر من النظام العام . فيعد باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة أو الاتفاق على عدم ارتكاب جريمة لقاء مبلغ من المال . ويعد باطلا أيضاً الاتفاق الذى يلتزم بمقتضاه شخص بأن يتحمل عن آخر ما قد عسى أن يتعرض له من مسئولية جنائية ، والاتفاق التى يلتزم بمقتضاه شخص بأن يدفع الغرامات التى يحكم بها جنائياً على شخص آخر . ولا يجوز بمقتضى اتفاق خاص أن تخلق جريمة ليست موجودة فى القانون . كأن

(١) [قبل صدور تقنين المرافعات فى سنة ١٩٤٩ لم يكن الاختصاص النوعى من النظام العام (يراجع نقض مدنى ٢٩ يناير ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة (١٠) رقم ١٤ ص ١٠١) ثم نصت المادة (١٣٤) من تقنين المرافعات الصادر فى سنة ١٩٤٩ على أن عدم الاختصاص بحسب نوع الدعوى أو قيمتها تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها ويجوز الدفع به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو فى الاستئناف وبذلك أضحى الاختصاص بحسب نوع الدعوى أو قيمتها من النظام العام واستقرت الأحكام على ذلك (يراجع نقض مدنى ١٩٥٩/١١/١٩ و ١٩٥٩/١٢/٢٤ — المنشورة على التوالى بمجموعة أحكام النقض (السنة العاشرة) رقم ١٠٢ ص ٦٧٢ ورقم ١٢٨ ص ٨٤٠ ونقض مدنى ١٩٦١/٣/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة (١٢) رقم ٣٧ ص ٢٦٩ ونقض ٢٥ يناير ١٩٦٢ و ٢٤ مايو ١٩٦٢ (مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٦ ص ١٠٤ ورقم ١٠٤ ص ٧٠٢) ثم صدر القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٦٢ وفرق بين الاختصاص بسبب قيمة الدعوى (فاستبعده من نطاق النظام العام) والاختصاص بسبب نوع الدعوى (فأبقاه فى نطاق النظام العام)] .

(٢) انظر فى قواعد الإثبات وهل تعتبر من النظام العام . نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٨٧ ص٥٠٧ — ص ٥١٠ . الوسيط ٢ فقرة ٥٩ .

يتفق الدائن والمدين على اعتبار عدم وفاء المدين بدينه تبديداً ، فالتبديد لا يكون إلا فى عقود معينة مبينة على سبيل الحصر[1] .

§ ٢ — روابط القانون الخاص

٢٣٥ — الأحوال الشخصية والمعاملات المالية : هذه الروابط إما أن تكون متعلقة بالأحوال الشخصية ، أو داخلة فى دائرة المعاملات المالية .

٢٣٦ — الأحوال الشخصية : كثير من روابط الأحوال الشخصية يحقق مصلحة عامة ويعتبر من النظام العام ، فلا يجوز للأفراد تعديلها باتفاقات فيما بينهم . من ذلك الحالة المدنية للشخص وأهليته وعلاقته بأسرته .

فلا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، كأن يتفق شخص مع آخر على تعديل جنسيته أو تغيير اسمه أو التنازل عن بنوته لأبيه أو الصلح على شىء من ذلك. بل إن التقنين المدنى الجديد حمى بنصوص صريحة الحقوق الملازمة للشخصية من أن يعتدى عليها . فنصت المادة ٥٠ على أنه « لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر » . ونصت المادة ٥١ على أنه « لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ، ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ». أما إذا أصبح اسم الشخص اسما تجاريًا فإنه يكون مالاً يجوز النزول عنه وبيعه والتصرف فيه .

وقواعد الأهلية من النظام العام . فلا يستطيع شخص أن ينزل عن أهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها باتفاق خاص . وقد نصت المادة ٤٨ من التقنين المدنى الجديد على أنه

---

(١) ومن ذلك أن يتفق البائع والمشترى — فى البيع بالتقسيط — على أن يسميا البيع إيجاراً حتى تتوافر أركان جريمة التبديد .

« ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها » . وكالأهلية الولاية ، فلا يجوز للولى أو الوصى أو القيم أن يزيد أو ينقص من حدود ولايته .

وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات . كل هذا يعتبر من النظام العام إذا لم يكن حقوقاً مالية محضة . مثل ذلك الحقوق والواجبات التى تنشأ من عقد الزواج ، فلا يجوز الاتفاق ما بين الزوجين على تعديل ما للزوج من حقوق على زوجته فى الطاعة والأمانة الزوجية أو تعديل ما للزوجة من حقوق على زوجها من النفقة والرعاية . ولا يجوز للزوج المسلم أن ينزل عن حقه فى الطلاق[1] . كذلك الحقوق والواجبات التى تنشأ من الأبوة تعتبر من النظام العام . فللأب حق تربية أولاده ، فلا يجوز أن يقيد نفسه باتفاق يحدد طريقة تربية الأولاد أو يلزمه مقدماً باختيار دين معين لهم كأن تكون الأولاد على دين الأم مثلا . والنفقات بمختلف أنواعها ، من نفقة الزوجة ونفقة الصغير والنفقة ما بين الأصول والفروع والنفقة ما بين ذوى الأرحام ، تعتبر كلها من النظام العام ، فلا يجوز تنازل الشخص مقدماً عن حقه فى مطالبة من تجب عليه النفقة له ، وإن كان يجوز التنازل عن النفقة المتجمدة بعد تجمدها .

٢٣٧ — المعاملات المالية : ومن روابط المعاملات المالية ما يحقق مصلحة عامة فيعتبر من النظام العام . من ذلك الأسس التى يقوم عليها النظام الاقتصادى فى البلاد ، فهى تارة تفسح المجال للنشاط الفردى ، وطوراً تحد من هذا النشاط لحماية الجانب الضعيف . ومن ذلك أيضاً الأحكام التى تكفل حماية الغير حسن النية .

فمن الأسس التى تفسح المجال للنشاط الفردى وتكفل تداول المال واستثماره على خير وجه أن حق الملكية لا يجوز أن يقيد المالك فى استعماله بغل يده عن التصرف فيه ،

---

(١) أما إذا تعهد الزوج بتعويض زوجته إذا طلقها ، فليس فى ذلك مخالفة لأحكام الشريعة ولا للنظام العام . لكن هذا التعهد ينتفى الالتزام به إذا كان الزوج لم يطلق زوجته إلا بناء على فعل أتته هى اضطره إلى ذلك (نقض مدنى فى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٥ ص ٨٥) . ويكيف التعهد بأنه التزام أصلى معلق على شرط موقف هو وقوع الطلاق بناء على فعل الزوج .

وشرط عدم التصرف باطل مالم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة (م ٨٢٣ من القانون المدنى الجديد) . ولا يجوز أن يتقيد المالك بالبقاء فى الشيوع لمدة تزيد على خمس سنوات (م ٨٣٤ من القانون المدنى الجديد) ، لأن الشيوع بعيد عن أن يكون خير الوجوه لاستثمار الملكية[1] .

ومن الأسس التى تكفل حماية الجانب الضعيف ما قرره القانون فى صدد عقود الإذعان من جواز تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك (م ١٤٩ من التقنين المدنى الجديد) . وما قرره من إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات فى حالة الاستغلال (م ١٢٩ من التقنين المدنى الجديد) . وما قرره من إنقاص الالتزام المرهق فى حالة الحوادث الطارئة (م ١٤٧ من التقنين المدنى الجديد) . وما قرره من جواز تخفيض الشرط الجزائى (م ٢٢٤ من التقنين المدنى الجديد) . وما قرره من عدم جواز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذى يسمح به القانون (م ٢٢٧ من التقنين المدنى الجديد) .

ومن الأحكام التى تحمى الغير حسن النية القواعد التى رسمها القانون لشهر الحقوق العينية ، فيكون باطلا اتفاق البائع مع المشترى على أن تعتبر الحقوق العينية المترتبة على العين المبيعة سارية فى حق المشترى ولو لم تشهر هذه الحقوق على الوجه الذى يتطلبه القانون[2] . كذلك لا يتقيد الدائن باتفاقه مع المدين على تنازله مقدماً عن الطعن فى تصرفات

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ بشأن الإصلاح الزراعى (بما نص عليه فى المادة الأولى منه) قد وضع قاعدة من قواعد النظام العام وهى عدم جواز زيادة ملكية الفرد عن حد معين (نقض مدنى ١٤/١١/١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض السنة (٨) رقم ٨٨ ص ٧٩٨)] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن المشرع قد هدف بالأحكام الواردة فى المادتين ١٢ و ٥٨ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والمادتين ١١١٤ و ١٠٥٤ من التقنين المدنى الجديد — إلى تنظيم شهر التصرفات العقارية حماية للائتمان العقارى — فتعتبر هذه الأحكام لذلك متعلقة بالنظام العام ومن ثم تكون القواعد التى قررتها قواعد آمرة واجبة التطبيق حتما ولا يسوغ مخالفتها بمقولة أن من شرعت لمصلحته قد تنازل عن التمسك بها (نقض مدنى ٩/٦/١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض السنة (١١) رقم ٦٧ ص ٤٢٥)] .

مدينه بالصورية أو بالدعوى البوليصية . ولا يجوز لشخص أن يشترط عدم ضمان تعرضه الشخصى أو عدم مسئوليته عن الغش الذى يصدر منه . ولا يجوز الإعفاء من المسئولية التقصيرية سواء كانت مبنية على غش أو على خطأ ، ولا الإعفاء من المسئولية العقدية إذا كانت مبنية على غش أو على خطأ جسيم .

المطلب الثانى

الاتفاقات التى تخالف الآداب

٢٣٨ — *العلاقات الجنسية* : كل اتفاق على إيجاد علاقات جنسية غير مشروعة باطل لمخالفته للآداب . كذلك يكون باطلا كل تعهد يلتزم بمقتضاه شخص أن يؤجر شخصاً آخر فى مقابل إيجاد علاقات جنسية معه ، أو فى مقابل استمرار هذه العلاقات ، أو العودة اليها إذا كانت قد انقطعت . أما إذا كان المال الذى يتعهد الشخص بدفعه إنما هو على سبيل التعويض لما أصاب الشخص الآخر من ضرر من جراء العلاقات الجنسية ، فالتعهد صحيح ، بل هو اعتراف بالتزام طبيعى .

٢٣٩ — *بيوت العهارة* : وكل اتفاق يتعلق باستغلال بيوت العهارة يعتبر باطلا لمخالفته للآداب ، ولو كانت هذه البيوت قد حصلت على ترخيص إدارى . فبيع بيت يدار للعهارة ، وإيجاره ، وشراء مفروشات له واستئجار أشخاص ليقوموا بالخدمة فيه وإنشاء شركة لاستغلاله ، وإقراض مال للاعانة على إدارته ، كل هذه عقود باطلة لمخالفتها للآداب وسنرى عند الكلام فى السبب أن هذه العقود تكون باطلة كذلك حتى لو وقعت على بيت لم يكن معداً للعهارة وقت صدورها ، إذا تبين أن الباعث لأحد المتعاقدين على التعاقد هو إعداد البيت للعهارة وكان المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث .

٢٤٠ — *المقامرة* : ويكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان لمخالفته للآداب ، ولمن خسر أن يسترد ما دفعه فى خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه

ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك (م ٧٣٩ من التقنين المدنى الجديد) . ويستثنى من ذلك الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً فى الألعاب الرياضية ، ولكن للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبالغاً فيه ، ويستثنى أيضاً ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب (م ٧٤٠ من التقنين المدنى الجديد) . ويعد باطلا بيع بيت يدار للمقامرة وإيجاره وكل ما يقع عليه من العقود بقصد استغلاله للمقامرة ، سواء فى ذلك كان البيت معداً للمقامرة قبل صدور العقد ، ويكون المحل فى هذه الحالة مخالفاً للآداب ، أو لم يكن معداً لها ما دام الباعث على التعاقد هو إعداد البيت للمقامرة ، ويكون المخالف للآداب فى هذه الحالة هو السبب لا المحل كما رأينا فى بيوت العهارة .

٢٤١ — **أمثلة أخرى لاتفاقات مخالفة للآداب** : ويعد مخالفاً للآداب كسب المال من طريق غير شريف . فمن يتقاضى أجراً جزاء القيام بعمل كان يجب عليه القيام به دون أجر لا يستحق هذا الأجر ويكون عقده باطلاً ، كمن يتعهد برد وديعة عنده أو مال اقترضه أو شىء سرقه فى مقابل أجر يأخذه . كذلك لا يجوز أن يتقاضى شخص أجراً للامتناع عن عمل يجب عليه الامتناع عنه دون أجر ، كمن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل أجر لذلك . ولا تجوز الخديعة ولا الانحراف عن واجب الذمة فى التعامل . فالاتفاق على ألا يعترف شخص بمسئوليته ولو أدى ذلك إلى أن يكذب يكون باطلا لأنه مخالف للآداب . وكان القضاء الفرنسى يبطل الاتفاق الذى يتم ما بين مدير المسرح وجماعة من الناس يسمون بالهتافة (claque) يستأجرهم المدير للتصفيق وترويج ما يعرض على المسرح لأن مثل هذا الاتفاق من شأنه أن يخدع الجمهور . ثم رجع القضاء عن ذلك ، وأصبح الآن يقضى بصحة هذا الاتفاق لأن الهتافة قد يؤدون خدمة للفن بتشجيعهم للممثلين وأصحاب الفن المبتدئين . ولا يعد باطلا اتفاق أحد النسابة (généalogiste) مع وارث على أن يكشف له عن نسبه ليحصل على ميراث يستحقه ، ما دام النسابة لم يخدع من تعاقد معه ، بل كشف له عن سر حقيقى كان يجهله .

الفرع الثالث

السبب(*)

(La Cause)

٢٤٢ — السبب عنصر متميز عن الإرادة ولكنه متلازم معها : نعرف السبب تعريفاً أولياً بأنه هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه . والفرق بينه وبين المحل — كما يقال عادة — هو أن المحل جواب من يسأل : بماذا التزم المدين *(Quid debetur)* ، أما السبب فجواب من يسأل : لماذا التزم المدين *(Cur debetur)* (١) .

(*) بعض المراجع : كابيتان : السبب فى الالتزامات — لوى لوكا (Louis Lucas) الثمن والعقد — جوسران : الباعث فى الأعمال القانونية — ريبير : القاعدة الخلقية فى الالتزامات — ديموج فى الالتزامات جزء ٢ — بنكاز ملحق بودرى جزء ٢ — دراسات كابيتان : سيمونيس (Simonius) فى السبب فى القانون السويسرى ص ٧٥٣ — فان كان (Van Kan)، أصل الالتزام دون سبب فى القانون المدنى ص ٨٧٥ — نظرية العقد للمؤلف من فقرة ٥٠٧ — الدكتور بهجت بدوى من فقرة ١٠٠ الدكتور حشمت أبو ستيت من فقرة ٢١٧ — الرسائل والمقالات : أرتير (Artur) باريس سنة ١٨٧٨ — بريسو (Brissaud) سنة ١٨٧٩ — تمبال (Timbal) تولوز سنة ١٨٨٢ — كولان (Colin) باريس سنة ١٨٩١ — سيفريادس (Sériadés) باريس سنة ١٨٩٧ — بلسنيلا (Plesnila) باريس سنة ١٩١٠ — بيشون (Pichon) باريس سنة ١٩١٤ — سافاتييه (Savatier) بواتييه سنة ١٩١٦ — ديبريل (Dubreuil) ليون سنة ١٩١٩ — لويس لوكاس (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ — دابان (Dabin) بروكسل سنة ١٩١٩ ومقال له فى المصائر الحديثة لنظرية السبب فى الالتزامات فى بلجيكا القضائية سنة ١٩٢٩ — مورى (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ — هامل (Hamel)، باريس سنة ١٩٢٠ — يوناسكو (Ionasco) باريس سنة ١٩٢٣ ، ومقال فى مجلة القانون المدنى الإقليمية سنة ١٩٣١ — سيليس (Célice) باريس سنة ١٩٢٣ — كاسان فى مجلة القانون التجارى السنوية سنة ١٩٢٣ — ماكرون (Macqueron)، باريس ١٩٢٥ — شيفرييه (Chevrier) باريس سنة ١٩٢٩ — برس (Bresse) فى السبب فى القانون الأنجليزى ديجون سنة ١٩٢٩ — رينو (Renaud) باريس ١٩٣٠ — فيدل (Vedel) فى السبب فى القانون الإدارى تولوز سنة ١٩٣٤ — بواجيزان (Bois Juzan) بوردو ١٩٣٩ — الأستاذ عبد الحميد رشدى مقال فى المحاماة السنة العاشرة — الأستاذ نصيف زكى مقال فى المحاماة السنة الحادية عشرة . [وانظر أيضاً بيدان جـ ٨ ص ١٣٣ بند ١٩٣ وما بعده — ودى باج جـ ١ بند ٨٤ وجـ ٢ بند ٤٧١ وما بعده ص ٤٤٢ وما بعدها] .

(١) وأول من قال بهذه المقارنة المشهورة بين المحل والسبب هو الأستاذ أودو (Audot) ، ثم نقلها =

والسبب بهذا المعنى لا يكون عنصراً فى كل التزام ، بل يقتصر على الالتزام العقدى إذ الالتزام غير العقدى لم يقم على إرادة الملتزم حتى يصح السؤال عن الغرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه .

والسبب كعنصر فى الالتزام العقدى دون غيره إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة . والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه هو الغرض المباشر الذى اتجهت إليه الإرادة . فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها ، بل هو عنصر متميز عن الإرادة . ولكن لما كانت الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب أى دون أن ترمى إلى غرض تهدف لتحقيقه ، لذلك كان السبب ، وإن تميز عن الإرادة متصلا بها أوثق الاتصال . فحيث توجد الإرادة يوجد السبب . ولا تتصور إرادة لا تتجه إلى سبب إلا إذا صدرت عن غير وعى . كإرادة المجنون . ولكننا رأينا أن الإرادة لا يعتد بها إلا إذا صدرت عن وعى وتمييز ، فالإرادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب .

ويمكن إذن أن نستخلص مما تقدم أن السبب ركن فى العقد غير ركن الإرادة . ولكن الركنين متلازمان . لا ينفك أحدهما عن الآخر[1] .

٢٤٣ — السبب والإرادة معنيان متلازمان ، ولكن السبب والشكل معنيان متعارضان : وتاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة الآتية : كلما زاد حظ الإرادة فى تكوين العقد ، وضعف حظ الشكل ، زادت أهمية السبب . ذلك لأن الإرادة ، من حيث أنها تحدث آثاراً قانونية ، إذا انطلقت من قيود الشكل ، وجب أن تتقيد بالسبب ، وعند ما كان الشكل وحده — دون الإرادة — هو الذى يكون العقد ، لم يكن للسبب من أثر .

= عنه كثير من الفقهاء : أوبرى ورو ٤ ص ٥٤٦ هامش رقم ٢ — هيك ٧ ص ٧٥ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٤٥ وفقرة ٣٥٩ — لوران ١٦ فقرة ١٠٩ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٩٧ وفقرة ٣٠٢ — ديموج ٢ فقرة ٧٤٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقره ٢٧٩ .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٨ .

وبدأ السبب فى الظهور عندما بدأت الإرادة تتحرر متدرجة من قيود الشكل . وكلما زاد تحررها من هـذه القيود زاد ربطها بقيود السبب ، إلى أن تم تحريرها ، فوجدت نظرية السبب كاملة تحل محل الشكل .

ونرى مما تقدم أنه حيث يتغلب الشكل يقل شأن السبب ، وحيث يضعف الشكل يقوى أمر السبب . هكذا كانت الحال فى القانون الرومانى : فقد بدأ هذا القانون شكلياً ، فلم يكن فيه إذ ذاك للسبب نصيب . ولما أخذ الشكل يتقلص وتظهر العقود الرضائيـة ، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ليكون قيداً لها بدلا من الشكل . وهكذا كانت الحال فى القانون الفرنسى القديم : فإن السبب لم يكد يعرف فيه إلا عندما وصل رجال الكنيسة إلى تقرير الرضائية فى العقود . فظهر السبب بعد أن كانت الشكلية تستره ، وبرز قوياً ليحوط الإرادة بقيود تحل محل قيود الشكل . وهكذا هى الحال فى القانون الحديث حيث الشكلية تكاد تنعدم ، فأينعت نظرية السبب وتطورت ، بل لعلها رجعت إلى أصلها قوية كما كانت فى القانون الكنسى ، لولا أن العقد المجرد حل محل العقد الشكلى فى الانتقاص من سلطان السبب .

٢٤٤ — **علاقة السبب بالمشروعية وبعيوب الإرادة** : منذ تحررت الإرادة من الشكل ، حاطها السبب بقيود على ما قدمنا . وبدأ ذلك يكون لحمـاية المجتمع عن طريق المشروعية وفى صورة السبب المشروع . فالإرادة حتى تنتج أثرها يجب أن تتجه إلى غرض مشروع لا يتعارض مع النظام العـام ولا مع الآداب ، وذلك حماية للمجتمع . ثم اتخذت نظرية السبب لها هدفاً آخر إلى جانب هذا الهدف الأول ، فصارت تحمى المتعاقد نفسه من هزله ونسيانه ومما قد يقع فيـه من غلط أو تدليس أو إكراه . وهكذا بعد أن تحررت الإرادة من الشكلية أخذت تتحرر من العيوب عن طريق نظرية السبب . وبعد أن قامت نظرية السبب لحماية المجتمع ، أخذت تقوم لحماية المجتمع والمتعاقدين جميعاً .

ولعل أول صورة تمثلت لعيوب الإرادة انطبعت فى نظرية السبب . ثم أخذت عيوب

الإرادة تستقل عن السبب شيئاً فشيئاً ، وتكسب لها كياناً ذاتياً خارجاً عن منطقة السبب . فانفصل الإكراه ، ثم انفصل التدليس . وأصبح السبب الآن لا يختلط إلا بالغلط فى منطقة مشتركة ، هى منطقة السبب المغلوط أو الغلط فى السبب . وقد أتم التقنين المدنى الجديد هذا التطور ، ففصل بين الغلط والسبب فصلاً تاماً . وأصبح السبب فى هذا القانون مقصوراً على السبب المشروع . وهذه الدائرة المحدودة — دائرة السبب المشروع — هى الدائرة الأولى التى نشأ فيها السبب عندما بدأ يظهر فى القانون الكنسى . وبذلك رجع السبب سيرته الأولى ، وعاد كما بدأ .

٢٤٥ — *تطور العقد من عقد شكلى إلى عقد رضائى مسبب إلى عقد رضائى مجرد* : وتاريخ نظرية السبب يهدينا إلى حقيقة أخرى . فسيقرئنا هذا التاريخ أن العقد بدأ عقداً شكلياً (contrat formel) حيث السبب لا أثر له كما قدمنا . ثم تطور إلى عقد رضائى (contrat consensuel) حيث السبب له أكبر الأثر ، ثم تطور أخيراً إلى عقد مجرد (contrat abstrait) حيث انفصلت الإرادة عن سببها ولم يعد للسبب إلا أثر غير مباشر . وسنرى أن التقنين المصرى الجديد لم يماش هذا التطور إلى نهايته ، ولم يسر فى ذلك على نهج القوانين الجرمانية ، بل حرص على أن يبقى فى دائرة القوانين اللاتينية ، حيث لا يزال العقد رضائياً ، وحيث تشغل نظرية السبب فى العقد المكان البارز ، وحيث لا يوجد العقد المجرد إلا فى دائرة محدودة ضيقة .

٢٤٦ — *خطة البحث فى نظرية السبب* : ونستعرض نظرية السبب فى مبحثين ، نتعقب فى المبحث الأول منهما كيف نشأت نظرية السبب وكيف تطورت ، ونبسط فى المبحث الثانى نظرية السبب فى القانون الحديث .

المبحث الأول

كيف نشأت نظرية السبب

٢٤٧ — القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم : فى هذين القانونين يجب أن نتعقب كيف نشأت نظرية السبب . ولعل نظرية قانونية لا يلقى عليها تاريخ تطورها من الضوء بمقدار ما يلقى التاريخ على نظرية السبب . وسنرى أن القانون الرومانى ظل بمعزل عن هذه النظرية إلى مدى بعيد إذ غلبت فيه الشكلية . وقد نبتت النظرية ثم ترعرعت منذ تحررت الإرادة من الشكل فى عهد القانون الكنسى كما قدمنا ، وتطورت النظرية بعد ذلك تطوراً يغاير طبيعتها ، وانقلبت على يد دوما (Domat) ومن سبقه وتلاه من الفقهاء من نظرية ذاتية إلى نظرية موضوعية . وبقيت كذلك عهوداً طويلة . وانتقلت على هذا النحو إلى القانون الفرنسى الحديث ، ضعيفة الأثر ، قليلة الجدوى . وسنشهد بعد ذلك كيف أن النظرية استردت جدتها فى العهد الأخير ، ورجعت خصبة قوية منذ عادت نظرية ذاتية .

المطلب الأول

نظرية السبب فى القانون الرومانى

§ ١ — العهد القديم

٢٤٨ — العقود كانت شكلية فلم يكن للسبب فيها أى أثر : كانت العقود فى العهد القديم للقانون الرومانى شكلية . فكان العقد ينعقد بأوضاع وأشكال خاصة ، ولم يكن للارادة أى دخل فى تكوينه . *وكانت العقود الشكلية ثلاثة :* عقد يتم بوزن صورى *(nexum)* ، ثم ظهر إلى جانبه العقد الكتابى *(litteris)* ويتم بكتابة على نحو خاص ، والعقد اللفظى *(verbis)* ويتم بألفاظ معينة . ولم تكن هذه العقود الشكلية عقوداً

بالذات ، بل كانت قوالب تصب فيها العقود . فالبيع والإيجار والقرض والشركة وغير ذلك من العقود كانت توضع فى شكل من هذه الأشكال الثلاثة حتى يتم انعقادها . وهذه الأشكال هى التى كان الرومان يدعونها « السبب المدنى » *(causa civilis)* . فهى ليست سبباً للالتزام العقدى على النحو المعروف فى القانون الحديث ، بل هى سبب لانعقاد العقد أو هى الشكل القانونى الذى يجعل العقد يتكون[1] . وهذا الشكل ضرورى فى انعقاد العقد ، وهو فى الوقت ذاته كاف لانعقاده . فهو ضرورى لأن العقد بدونه لا ينعقد . وهو كاف لأنه متى وجد انعقد العقد ، سواء قامت إرادة المتعاقدين إلى جانب الشكل أو لم تقم ، وسواء كانت الإرادة إذا قامت صحيحة أو معيبة ، وسواء اتجهت إلى غرض مشروع أم غرض غير مشروع . فالشكل وحده ، لا الإرادة ، هو الذى يوجد العقد .

ومن ثم يتبين أن السبب فى هذه العقود الشكلية لم يكن له أى أثر فى تكوين العقد ، فسواء وجد أو لم يوجد ، وسواء كان مشروعاً أو غير مشروع ، فإنه لا شأن له بالعقد ، مثله فى ذلك مثل الإرادة . ومتى توافر للعقد شكله القانونى انعقد ، دون نظر إلى الإرادة ، ودون نظر إلى السبب .

٢٤٩ — وكذلك طرق نقل الملكية كانت شكلية ولم يكن للسبب فيها أى أثر : وكما كانت العقود فى العهد القديم شكلية مجردة عن السبب ، كذلك كانت طرق نقل الملكية . فلم تكن الملكية تنتقل بالعقد . بل كان العقد يتلوه وضع خاص هو الذى ينقل الملكية . وكانت هذه الأوضاع هى أيضاً ثلاثة : وضع يتم بأشكال عتيقة *(mancipatio)* ووضع يتم بدعوى صورية أمام القضاء *(in jure cessio)* ، ووضع مادى يتم بالتسليم *(traditio)* . وأى وضع من هذه الأوضاع متى تم تنتقل به الملكية ، دون النظر إلى

---

(١) لم يقتصر « السبب المدنى » (causa civilis) فى القانون الرومانى على العقود الشكلية ، بل كان بوجه عام هو المصدر القانونى الذى يكون العقد ويضفى عليه قوته الملزمة . ومن ثم يكون « السبب المدنى » للعقود الشكلية هو الشكل ، وللعقود العينية هو تسليم الشىء ، وللعقود الرضائية هو مجرد الاتفاق ، وللعقود غير المسماة هو قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته ، وهكذا .

السبب الذى انتقلت من أجله كبيع أو هبة أو شركة . فإذا باع شخص من آخر شيئاً ، وتم وضع من هذه الأوضاع الثلاثة ينقل به البائع ملكية المبيع إلى المشترى ، انتقلت الملكية ، دون نظر إلى ما إذا كان البيع قد تم أو لم يتم ، ودون نظر إلى ما إذا كان قد تم صحيحاً أو كان فيه عيب .

§ ٢ — العهد المدرسى

٢٥٠ — اختفاء أكثر العقود الشكلية : تطور القانون الرومانى بانتشار التجارة وتقدم طرق التعامل ، فاختفت أكثر العقود الشكلية . اختفى عقد الوزن الصورى *(nexum)* بزوال الفائدة التى كان يوليها ، وهى دعوى من دعاوى الرومانى القديمة تمكن الدائن من السيطرة على جسم المدين *(manus injectio)* . واختفى العقد الكتابى *(litteris)* باختفاء السجلات الخاصة التى كان هذا العقد يدون فيها ، وكان الرومان قبلا يحتفظون بها ، ثم أخذوا يهجرون هذه العادة شيئاً فشيئاً حتى انقرضت ، فانقرض بانقراضها العقد الكتابى .

ولم يبق من القيود الشكلية الا العقد اللفظى *(verbis, stipulatio)* لسهولته النسبية وللحاجة اليه إذا حرص المتعاقدان على استبقاء مزايا العقد الشكلى .

٢٥١ — بدء ظهور السبب فى العقد اللفظى : على أن العقد اللفظى مع بقائه شكلياً لم يخل مع تطور القانون الرومانى من أن يتأثر بفكرة السبب . تأثر بها تأثراً غير مباشر فى ناحيتين ، ثم تأثر بها تأثراً مباشراً فى ناحية ثالثة .

فاذا كان العقد اللفظى سببه غير موجود أو غير مشروع ، فان العلاج لم يكن بطلان العقد كما هو الأمر فى القانون الحديث ، بل كان العقد يبقى صحيحاً ، ولكن المدين يعطى دعوى من دعاوى الاسترداد المعروفة فى القانون الرومانى *(condictiones sine causa)* يستطيع أن يسترد بها ما أعطاه دون سبب أو بسبب غير مشروع . وهذه الدعوى قد يلجأ

اليها المدين كدعوى يرفعها على الدائن أو كدفع يدفع به دعوى الدائن . فهو اذا لجأ اليها كدفع يستطيع أن يتوقى مطالبة الدائن له بالتزام قام على سبب غير صحيح أو لسبب غير مشروع . واذا لجأ اليها كدعوى يستطيع أن يسترد بها ما دفع للدائن وفاء لهذا الالتزام ، أو أن يتخلص من الالتزام ذاته اذا لم يكن قد وفى به . وسنرى عند الكلام فى الإثراء بلا سبب الصور المختلفة لدعوى الاسترداد هذه[1] . ويلاحظ أن هذه الدعوى كانت من خلق القانون الرومانى *(Jus civil)* .

أما القانون البريطورى (droit prétorien) فقد جعل للمدين فى الحالة المتقدمة دفعاً هو الدفع بالغش *(exceptio doli)* يستطيع به أن يتوقى مطالبة الدائن ، دون أن يستطيع مهاجمته للتخلص من التزامه أو لاسترداد ما دفع .

هاتان هما الناحيتان اللتان تأثر فيهما العقد اللفظى بفكرة السبب تأثراً غير مباشر . ونقول غير مباشر لأن فكرة السبب لم تعترض العقد عند تكوينه ولم تؤثر فيه تأثيراً مباشراً بأن تمنع نفاذه ، بل بقى العقد صحيحاً نافذاً . ولكن عند تنفيذه تظهر فكرة السبب ، فتوجب الاسترداد أو تمنع التنفيذ ، عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع .

على أن هناك ناحية ثالثة تأثر فيها العقد اللفظى بفكرة السبب تأثراً مباشراً كما أسلفنا القول . وقد كان ذلك فى ناحية عقد القرض إذا كان واقعاً على مبلغ من النقود . فقد جرت العادة فى القانون الرومانى بأن يتعهد المقترض برد القرض بعقد لفظى ، ثم بعقد مكتوب يكتب فيه الشرط اللفظى بدلا من التفوه به ، وذلك قبل أن يتسلم مبلغ القرض . فهو قد التزم قبل أن يتسلم شيئاً ، والتزامه صحيح ما دام قد استوفى الشكل المطلوب . فإذا أراد أن يستعين بدعوى الاسترداد ، فعليه هو أن يثبت أنه لم يتسلم شيئاً حتى يلتزم برده ، ولا يكلف المقرض بإثبات السبب . وكان من وراء ذلك أن تعسف

---

(١) ومن ثم كان أول مظهر لفكرة السبب فى تطورها مظهراً اتخذت فيه صورة الإثراء بلا سبب ، على فرق ما بين معنى « السبب » فى الحالتين .

المقرضون بالمقترضين ، إذ كان هؤلاء يلتزمون مقدماً وقد لا يتسلمون شيئاً أو يتسلمون مبلغاً أقل من المذكور بالعقد ، ويقع عليهم مع ذلك عبء الإثبات إذا أرادوا التخلص من هذا الالتزام . فأدخل قانون إمبراطورى (constitution impériale) تعديلا فى هذه الأحكام يقضى بأنه إذا التزم المقترض ، واعترف كتابة بأنه تسلم مبلغ القرض ، فله أن يقرر بطريق الدعوى أو بطريق الدفع أنه لم يتسلم فى الواقع شيئاً *(querela non numeratae pecuniae)* ، وعلى المقرض إذا أراد استيفاء الالتزام أن يثبت أن المقترض قد تسلم القرض . ومعنى هذا أن الدائن فى هذه الحالة مكلف أن يثبت وجود سبب للالتزام وإلا كان العقد غير نافذ . ومن هنا دخلت فكرة السبب فى العقد اللفظى عن طريق مباشر فانعدام السبب يمنع نفاذ العقد ، ولا يقتصر على إباحة الاسترداد أو على التخلص من الالتزام بعد أن يصير العقد نافذاً [1] .

ويلاحظ أنه حتى عند ظهور هذا الأثر المباشر لفكرة السبب فى العقد اللفظى . فإن السبب لم يقم على أساس نفسى متصل بإرادة المتعاقد ، بل قام على أساس موضوعى لا صلة له بهذه الإرادة . فهو قد قام على واقعة أن المقترض لم يتسلم القرض ، وأن العدالة تقضى فى هذه الحالة ألا يلتزم بشىء نحو المقرض . فالسبب هنا كالسبب فى الفرضين السابقين — دعوى الاسترداد والدفع بالغش — إنما قام على اعتبارات تتصل بالعدالة لا بالإرادة . وبقيت الشكلية فى العقد اللفظى مانعة من ظهور السبب متصلا بالإرادة . ذلك أن الشكلية والإرادة فى القانون الرومانى ضدان لا يجتمعان ، وإذا طردت الشكلية الإرادة فإنها تطرد فى الوقت ذاته السبب بمعناه النفسى وهو المعنى المتصل بالإرادة .

---

(١) وقد عدلت القاعدة بعد ذلك وأصبح عبء الإثبات لا يقع على المقرض إلا إذا لم يذكر فى العقد المكتوب أن الالتزام له سبب قد نفذ (cautio discreta)، أى إذا لم يعترف المدين كتابة أنه تسلم مبلغ القرض . فإذا اعترف بهذا كان هو المكلف بإثبات أنه لم يتسلم . ولم تقف القاعدة عند حد عقد القرض الواقع على مبلغ من النقود ، بل جاوزت هذا العقد إلى عقد المهر ، ثم إلى عقد القرض الواقع على المثليات غير النقود . وعممت القاعدة بعد ذلك ، فاصبحت تشمل جميع العقود (انظر كابيتان فى السبب فقرة ٤٤ — بلانيول وريبير وبولانجيه جزء ٢ فقرة ٢٨٤) .

٢٥٢ — ظهور السبب فى العقود غير الشكلية : وقد ظهر إلى جانب العقود الشكلية فى القانون الرومانى عقود أخرى غير شكلية ، أهمها العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة وعقود التبرع . ولما كان أكثر هذه العقود تتدخل الإرادة فى تكوينه ، فقد بدأت فكرة السبب تظهر بظهور الإرادة فى تكوين العقد .

أما فى العقود العينية — وهى القرض والعارية والوديعة والرهن — فإن الإرادة لم تكن ظاهرة ، وكان أساس الإلزام فى هذه العقود هو تسليم العين إلى الملتزم ، فهو ملزم بردها لأنه تسلمها وإلا كان مثرياً دون سبب .

وعلى النقيض فى ذلك العقود الرضائية — وهى البيع والإيجار والشركة والوكالة — فالإرادة فيها تتدخل فى تكوين العقد ، بل هى وحدها كافية لتكوينه . ومن ثم ظهرت فكرة السبب فى هذه العقود ظهوراً واضحاً . ففى عقد البيع التزام البائع سبب لالتزام المشترى ، بحيث إذا هلك المبيع قبل البيع فامتنع التزام البائع لانعدام المحل لم يقم التزام المشترى لانعدام السبب . ولكن فكرة السبب فى عقد البيع كانت تقف عند هذا الحد ، فلا تجاوز مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه . ويظهر ذلك فى امتناع الدفع بعدم التنفيذ وفى امتناع الفسخ وفى تبعة هلاك المبيع ، وكلها أمور ترجع إلى تنفيذ العقد وتتصل بفكرة السبب . فكان لا يجوز للمشترى أن يمتنع عن دفع الثمن حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع ، ولا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى لو امتنع المشترى عن دفع الثمن ، فالتزام كل المتعاقدين مستقل فى تنفيذه عن التزام الآخر . ومن ثم امتنع الدفع بعدم التنفيذ . وإذا كان القانون الرومانى جعل للمشترى فيما بعد دعوى الغش ليمتنع عن دفع الثمن حتى يتسلم المبيع ، وجعل للبائع الحق فى حبس المبيع حتى يقبض الثمن ، فإن ذلك لم يكن أثراً لعقد البيع ذاته ، بل لاعتبارات ترجع للعدالة . ولو كان البيع يوجد ارتباطاً بين التزامات كل من المتعاقدين لكان المنطق يقضى بأن تكون دعوى كل منهما ناشئة من عقد البيع *(actio ex empto)* [1] كذلك لم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم

(١) انظر كابيتان فى السبب ص ٩٤ .

يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، بل يبقى البيع ، ويطالب بتنفيذ الالتزام الذى لم ينفذ . حتى لو كان المتعاقد المطالب بالتنفيذ لم يقم من جانبه بتنفيذ التزامه ، لأن التزام كل من المتعاقدين مستقل فى تنفيذه عن التزام الآخر كما قدمنا . وإذا هلك المبيع بعد البيع وقبل التسليم ، كانت تبعة الهلاك على المشترى لا على البائع . وفى هذا إمعان فى تأكيد الاستقلال ما بين التزام البائع والتزام المشترى عند التنفيذ . ذلك أنه إذا استحال على البائع لهلاك المبيع تنفيذ التزامه ، بقى المشترى مع ذلك ملزماً بدفع الثمن لاستقلال التزامه عن التزام البائع . ويبدو هذا الحل الرومانى قاطعاً فى المعنى الذى أسلفناه إذا لاحظنا أن البيع فى القانون الرومانى لم يكن ينشىء فى ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، ولم يكن المشترى يصبح مالكا للمبيع بعقد البيع ذاته حتى يقال — كما قيل فى القانون الفرنسى — إن المشترى يتحمل تبعة الهلاك لأنه أصبح مالكا . ومن كل ذلك نرى أنه إذا وجد ارتباط ما بين التزام البائع والتزام المشترى عند تكوين عقد البيع حتى صح أن يقال إن كلا منهما سبب للآخر ، فإن هذا الارتباط منعدم عند تنفيذ البيع ، بل يصبح كل التزام فى تنفيذه مستقلا كل الاستقلال عن الالتزام الآخر ، وتقف فكرة السبب كما قدمنا عند تكوين البيع ، دون أن تجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ[1] .

وفى العقود غير المسماة ظهر السبب على الوجه الآتى : فى عقد المقايضة مثلاً إذا سلم أحد المتقايضين العوض الذى يملكه ، التزم الآخر بتسليم ما يقابله من العوض . وهذا الالتزام الأخير يقوم لا على إرادة الملتزم وحدها ، بل على هذه الإرادة مضافاً إليها أن سببها قد تحقق . ذلك أن سبب إرادة المتعاقد الآخر فى أن يلتزم بتسليم ما عنده هو أن يتسلم ما عند المتعاقد الأول ، وقد تسلمه فعلا ، فتحقق السبب . فإرادته هنا تؤخذ مقرونة

---

(١) أما فى عقد الإيجار فإن الارتباط يجاوز التكوين إلى التنفيذ ، إذ كانت الأجرة فى هذا العقد تقابل الانتفاع ، فإذا تعذر الانتفاع ولو بقوة قاهرة ، عند تكوين العقد أو عند تنفيذه ، فإن الأجرة لا تجب . وإذا تأخر المستأجر عن دفع الأجرة مدة سنتين ، كان للمؤجر الحق فى استرداد العين المؤجرة (كابيتان فى السبب ص ٩٨) . ويرجع هذا إلى أن عقد الإيجار عقد زمنى ، الزمن فيه عنصر جوهرى ، وهو محل العقد ذاته .

بالسبب لا مجردة عنه[(١)] .

وفى الهبة — وهى أهم عقود التبرعات — اعترف القانون الرومانى بالسبب إلى حد كبير . فالتبرعات المحضة تقوم على نية التبرع *(animus donandi)* ، وهى السبب فى التزام المتبرع . وتترتب على ذلك نتيجة هامة ، هى أنه إذا انعدمت هذه النية انعدم السبب وبطل التبرع . فمن تعهد بوفاء التزام طبيعى معتقداً أنه التزام مدنى لا يكون متبرعاً ، ويبطل تعهده لانعدام السبب . والهبة المقترنة بشرط *(donatione sub modo)* يكون الشرط سبباً لها إذا كان هو الدافع إلى التبرع . فإذا لم يقم الموهوب له بتنفيذ الشرط ، كان للواهب أن يسترد هبته بدعوى استرداد *(conditio causa data, causa non secuta)* وله أيضاً أن يجبر الموهوب له على تنفيذ الشرط . وفى الوصية — وهى إرادة منفردة — اعترف القانون الرومانى بالسبب إلى حد أن مزجه بالباعث . فإذا اعتقد الموصى أن وارثه قد مات فأوصى بماله لأجنبى ، وتبين أن الوارث لا يزال حياً ، واستطاع هذا أن يثبت أن الباعث على الوصية هو اعتقاد الموصى أن الوارث قد مات ، فالوصية باطلة لانعدام سببها[(٢)] .

٢٥٣ — موقف القانون الرومانى من نظرية السبب : ويتبين مما قدمناه أن القانون الرومانى اعترف فى بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود . وهذه العقود هى التى ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها . وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب . ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية (objectif) لا ذاتية (subjectif) ونظروا إلى السبب موجوداً فى العقد (intrinsèque) لا خارجاً عنه (extrinsèque) ،

---

(١) وإذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه من تسليم ما عنده للمتعاقد الأول ، كان لهذا أن يطالبه بالتنفيذ كما قدمنا . وكان له أيضاً أن يسترد ما سلمه بدلا من المطالبة بالتنفيذ . وقد يكون هذا أثراً من دعوى الاسترداد التى كانت للمتعاقد الأول قبل الاعتراف بالقوة الملزمة للعقود المسماة ، أو قد يكون الحق فى الاسترداد نتيجة لفسخ العقد ، وفى هذا اعتراف بالسبب فهو الذى بنى على تخلفه فسخ العقد (كابيتان فى السبب فقرة ٥١) .

(٢) كابيتان فى السبب فقرة ٥٥ .

وهو واحد لا يتغير (invariable) فى النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع وإذا كانوا قد توسعوا فى السبب فمزجوه بالباعث ، فقد فعلوا ذلك فى نطاق ضيق محدود ، وكان ذلك بنوع خاص فى بعض التبرعات على النحو الذى بيناه[١] . وسنرى فيما يلى أن هذا التصوير الرومانى هو الذى رجع إليه دوما (Domat) ، فى صياغته لنظرية السبب .

وننظر الآن كيف تطورت نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم قبل عهد دوما ومنذ ذلك العهد .

المطلب الثانى

نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم

٤٢٥ — عهدان : بقيت فكرة السبب تتطور تطوراً مستمراً طوال القرون السبعة التى سبقت التقنين المدنى الفرنسى ، من القرن الثانى عشر إلى مستهل القرن التاسع عشر .

وفى خلال هذه القرون الطويلة يمكن التمييز بين عهدين يفصل بينهما الفقيه الفرنسى المعروف دوما (Domat) فى القرن السابع عشر . إذ هو الذى صاغ فكرة السبب نظرية عامة ، بعد أن تهيأت لها عوامل الصياغة طوال القرون التى سبقته . ومنذ صاغ دوما نظرية السبب تبعته الفقهاء فى صياغته ، وتناقلت عنه ما كتب ، حتى انتقلت النظرية عن طريق بوتييه (Pothier) إلى التقنين المدنى الفرنسى .

فنحن نتابع تطور السبب فى كل من هذين العهدين : (١) عهد ما قبل دوما (٢) العهد الذى بدأه دوما .

---

(١) على أن هذا التصوير الخاص لفكرة السبب لم يكن إلا نتيجة للصياغة الرومانية الشكلية ، فلم تضع الرومان أية نظرية للسبب ، بل إنهم كانوا إذا أطلقوا كلمة « السبب » قصدوا بها « السبب المدنى » (causa civilis) الذى رأيناه فيما تقدم .

§ ١ — نظرية السبب فى العهد الذى سبق دوما[1]

٢٥٥ — **الرومانيون والكنسيون :** تداول فكرة السبب فى هذا العهد فريقان من الفقهاء الرومانيين (romanistes) وفريق الكنسيين (canonistes) . فالرومانيون رجعوا للفكرة الرومانية فى السبب ، وهى فكرة شكلية موضوعية كما قدمنا ، ولذلك لم تتقدم نظرية السبب على أيديهم أكثر مما كانت فى القانون الرومانى . أما الكنسيون فهم الذين خطوا بفكرة السبب خطوات جبارة ، فانتزعوها من أصلها الرومانى إلى أفق أرحب ، وجعلوها فكرة مؤثرة فعاله . وننظر الآن كيف كانت فكرة السبب عند كل من الفريقين .

٢٥٦ — **فكرة السبب عند فقهاء الرومانيين :** عاد المحشون (glossateurs) إلى فكرة السبب الرومانية ، وتطلبوا السبب فى مختلف العقود . ولكن السبب عندهم كان أمراً شكلياً محضاً ، والمهم ليس هو وجوده بالفعل ، بل هو مجرد ذكره فى الورقة المثبتة للعقد .

أما البارتوليون (Bartolistes) فقد اقتفوا أثر من تقدمهم . وعنوا بنوع خاص بالعقود الملزمة للجانبين ، فأبرزوا الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى هذه العقود . ولكنهم مع ذلك التزموا حدود القانون الرومانى ، فلم يصلوا إلى حد القول بجواز الفسخ فى البيع إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه ، بالرغم من أن منطق الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كان يقضى عليهم بذلك . وميز البارتوليون ، كما فعل المحشون ، بين السبب والباعث ، فسموا الأول « السبب القريب » *(causa proxima)* وكان المحشون يسمونه « السبب القصدى » *(causa finalis)* ، وسموا الباعث « السبب البعيد »

---

(١) انظر بنوع خاص فى هذا العهد كابيتان فى السبب فقرة ٥٧ — فقرة ٧٧ — شفرييه (Chevrier) فى تاريخ السبب فى الالتزامات باريس سنة ١٩٢٩ — بواجيزان (Bois-Juzan) فى السبب فى القانون الفرنسى بوردو سنة ١٩٣٩ ص ١١٠ — ص ١٤٤ — والمراجع المشار إليها فى هذه المؤلفات .

(causa remota) وكان المحشون يسمونه « السبب الدافع »(causa finalis) . وجعلوا السبب دون الباعث هو الذى يؤثر فى العقد . وهذا التمييز ما بين السبب والباعث غريب عن القانون الرومانى ، وقد ابتدعه فريق الفقهاء الرومانيين مستلهمين فيه الفلسفة اليونانية . أما الرومان فكان السبب عندهم هو ما كانوا يسمونه « بالسبب المدنى» (causa civilis) وهو السبب الإنشائى الذى عرفناه فيما تقدم وهذا شيء آخر غير السبب القصدى الذى عارضه الفقهاء الرومانيون بالباعث .

ويمكن القول بوجه عام إن فريق الفقهاء الرومانيين قد أحيوا الفكرة الرومانية فى السبب ، ولكنهم كما قدمنا لم يجاوزوا الحدود التى التزمها القانون الرومانى . فبقيت فكرة السبب عندهم ، كما كانت عند الرومان ، فكرة موضوعية لا نفسية ، داخلة فى العقد لا خارجة عنه ، وهى واحدة لا تتغير فى نوع واحد من العقود .

٢٥٧ — فكرة السبب عند فريق الفقهاء الكنسيين : أما فريق الفقهاء الكنسيين فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية اعتبارات أخرى أولى عندهم بالتقدم ، هى الاعتبارات الأدبية المسيحية . وهذه الاعتبارات الأخيرة كانت تقتضيهم أن يقرروا مبدأين :

المبدأ الأول أن الوفاء بالوعد واجب ، وأن الإخلال به خطيئة . ومن ثم كان المتعاقد يلتزم بمجرد تعهده . فكانت الإرادة عندهم — لا الشكل — هى التى تنشىء العقد وتجعله ملزماً . وتدرج الفقهاء الكنسيون فى هذا المبدأ حتى أقروا أى عقد يقوم على محض تقابل الإرادتين ، دون حاجة إلى شكل أو تسليم أو تنفيذ أو نحو ذلك مما كان القانون الرومانى يتطلبه .

والمبدأ الثانى أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع . ذلك أن القيام بعمل غير مشروع يعد خطيئة . ولا يصح الاحتجاج بأن المتعاقد قد ارتبط بالعقد والإخلال بما ارتبط به يعد خطيئة هو أيضاً . فالخطيئة ليست فى أن يخل بهذا الارتباط ،

بل فى أن يرتبط بعقد غير مشروع . الارتباط بمثل هذا العقد يعتبر خطيئة ، وتنفيذه يعد خطيئة أخرى . وها نحن نرى إلى أى مدى يسوق هذا المنطق . فالغرض الذى يريد المتعاقد أن يحققه من وراء التزامه هو السبب فى تعاقده . وهذا السبب إذا كان غير مشروع جعل العقد باطلا . وإذا كانت الإرادة وحدها تلزم المتعاقد ، إلا أن هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى تحقيق غرض مشروع ، وإلا كانت عديمة الأثر . فيبرز أمامنا السبب فى صورة أخرى غير الصورة التى ألفناها فى القانون الرومانى ، شيئاً غير مجرد الصياغة الفنية ، وعاملا نفسياً زاخراً بالقوة ، بعيداً فى الأثر . ويبدو لنا فى وضوح أن الفقهاء الكنسيين وضعوا إلى جانب الإرادة — بعد أن جردوها من الشكل — الغرض الذى ترمى إلى تحقيقه ، وربطوها به ، فأصبحت الإرادة لا تنفصل عن الغرض الذى تهدف إليه ، وهى إذا تجردت عن الشكل فليست تتجرد عن السبب . والسبب هنا ليس هو هذا السبب الرومانى ، الموضوعى ، الداخل فى العقد ، والذى يبقى واحداً لا يتغير فى نوع واحد من العقود ، بل هو الباعث النفسى ، الخارج عن العقد ، والذى يتغير فيختلف فى عقد عنه فى العقد الآخر .

ونستطيع أن نستخلص من هذا التحليل الذى ابتدعه الفقهاء الكنسيون أموراً أربعة :

أولا — أن السبب برز إلى جانب الإرادة بمجرد أن ظهرت الإرادة عاملا أساسياً فى تكوين العقد .

ثانياً — أن فكرة السبب تطورت تطوراً خطيراً ، فأصبح السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

ثالثاً — أن السبب بهذا المعنى الجديد حل محل الشكل قيداً على الإرادة . فما دام الوعد القائم على الإرادة وحدها ملزماً دون حاجة إلى الشكل ، فلا أقل من أن يكون هذا الوعد متجهاً لتحقيق غاية مشروعة . ومن هنا استطاع الكنسيون أن يداوروا مبادىء القانون الرومانى فلا يتعارضون معه تعارضاً صريحاً ، وأمكنهم أن يتجنبوا ظاهراً القول

بأن الاتفاق العارى (pacte nu) ملزم وحده ، وأن يستبدلوا بعبارة « الاتفاق العارى » عبارة « الوعد المسبب » (promesse causée) فيضيفوا إلى القائمة الرومانية للعقود الملزمة *(pacta vestita)* طائفة جديدة هى طائفة « الوعود المسببة » .

رابعاً — أن السبب إذا كان قد قيد الإرادة من جهة ، فهو قد أطلقها من جهة أخرى ، إذ حررها من الشكل ، وجعلها وحدها ملزمة ما دامت تتجه لتحقيق غاية مشروعة .

فالكنسيون كما نرى هم الذين ابتدعوا نظرية السبب ، لا بمعناه الرومانى الضيق ، بل بمعناه الجديد الواسع .

وإذا كانوا قد جعلوا من نظرية السبب بادىء الأمر أداة قوية لحماية المجتمع عن طريق إبطال العقود التى تتجه لتحقيق أغراض غير مشروعة ، فانهم ما لبثوا أن جعلوا أيضاً من النظرية ذاتها أداة لحماية الفرد وتحرير إرادته من الغلط والتدليس والغش . ذلك أنهم أضافوا إلى السبب غير المشروع ، فى إبطال العقد ، السبب غير الحقيقى . فاذا وقع غلط أو تدليس فى الباعث على التعاقد ، كان السبب غير حقيقى ، وبطل العقد . ومن هنا اختلطت نظرية الغلط بنظرية السبب ، وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى نظرية الغلط .

هذا هو عمل الفقهاء من رجال الكنيسة ، إليه وحده يعود الفضل الأكبر فى إيجاد النظرية الصحيحة للسبب . وقد تبع رجال الكنيسة فى نظريتهم هذه بعض من الفقهاء المدنيين (civilistes) من أمثال لوازيل (Loysel) [1] وديمولان (Dumoulin) ، فقالوا بالإدارة وحدها مصدراً لتكوين العقد ، واصلين فى هذا ما بين الإرادة والسبب ،

---

(١) وهو صاحب المثل المشهور : « يربط البقر بقرونه ، ويربط الرجل بكلامه ، ومجرد الوعد أو الاتفاق يعدل العقود اللفظية فى القانون الرومانى » .
"On lie les boeufs par les cornes et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenance que les stipulations du Droit Romain" (Inst. cont. max. 357).

وجاعلين للسبب المعنى الذى فهمه الفقهاء الـكنسيون . وبقى فقهاء مدنيون آخرون ، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Donneau) محافظين على تقاليد القانون الرومانى فلا يسلمون بأن الاتفاق العارى عقد ملزم ، ولا يفهمون السبب إلا فى ضوء الفـكرة الرومانية الضيقة . ولـكن ما لبث الفريق الأول أن فاز على الفريق الثانى . فاعترف الفقه والقضاء فى فرنسا بأن الإرادة وحـدها ملزمة ما دامت الغاية التى تهدف لتحقيقها غاية مشروعة ، وفهم السبب بالمعنى الذى ابتدعه الـكنسيون : الباعث الدافع إلى التعاقد . فأبطلت العقود التى تهدف لاستغلال النفوذ،واعتبرت ديون المقامرة باطلة لعدم مشروعيتها وأصبح الباعث يؤثر فى التبرعات من هبات ووصايا فإذا كان غير مشروع أو غير متحقق بطلت هذه التبرعات .

وسارت الأمور على هذا النحو المحمود حتى جاء دوما يصوغ نظرية عامة للسبب . وننظر الآن ماذا فعل هذا الفقيه هو ومن جاء بعده من الفقهاء .

§ ٢ — نظرية السبب منذ عهد دوما إلى عهد التقنين المدنى الفرنسى[١] .

٢٥٨ — العوامل التى أثرت فى هذا العهد وفقهاؤه البارزون : جاء دوما فى القرن السابع عشر ، وبدأ عهداً جديداً كان من العهود الحاسمة فى تاريخ تطور نظرية السبب . والعوامل البارزة التى كانت تؤثر فى التفكير القانونى لرجال هذا العهد ثلاثة .

أولا — انتكاص القانون الرومانى وتقلص نفوذه . وقد أصبح تقسيم العقود إلى عقود شكلية وعقود غير شكلية ، وتقسيم العقود غير الشكلية إلى عقود عينية وعقود رضائية وعقود غير مسماة واتفاقات بريطورية واتفاقات شرعية ، كل هذه التقسيمات العتيقة أخذت

---

(١) أنظر بنوع خاص فى هـذا العهـد : كابيتان فى السبب فقرة ٧٧ — فقرة ٨٠ — شيفرييه ص ٢٤٦ وما بعدها — تمبال ص ٨٨ وما بعدها — يوناسكو ص ٤٢ وما بعدها وما بعدها — بواجيزان ص ١٤٤ وما بعدها .

تهجر فتسير فى طريقها إلى الاندثار . على أن فريقاً من الفقهاء المدنيين (civilistes) بقوا متأثرين بالنظرية الرومانية فى السبب كما قدمنا .

ثانياً — أثر القانون الكنسى . وقد رأينا رجال هذا القانون يتم على أيديهم فتح مبين فى ميدان سلطان الإرادة ، فيقولون بأن الإرادة وحدها ملزمة ، ويسير وراءهم فى ذلك كثير من الفقهاء المدنيين .

ثالثاً — انتشار مبادىء القانون الطبيعى . وقد حمل لواءها جروسييس (Grotius) الفقيه الهولندى المعروف . وهى مبادىء توحى بنبذ ما يحوط الإرادة من أوضاع وأشكال رومانية عتيقة ، وتحكم العقل فى كل ذلك فلا يتردد فى إقصائها وتحرير الإرادة منها .

وهذا العهد الجديد بدأه دوما كما ذكرنا ، وطبعه بطابعه . وبقى أثر هذا الفقيه الفرنسى الكبير حياً فى النفوس طوال الأجيال . واقتصر من جاء بعده من الفقهاء على ترديد ما كتبه فى نظرية السبب ، دون أن يضيفوا إليها شيئاً يذكر ، غير الإسهاب فى بعض التفصيلات وأبرز هؤلاء الفقهاء فقيهان : بريفودى لاجانيس (Prévôt de la Janès) وبوتييه (Pothier) . ونستعرض أولا ما كتبه دوما فى نظرية السبب ، ثم ننظر ما قاله بعده هذان الفقيهان .

٢٥٩ — نظرية السبب عند دوما : لم يكن دوما مبتدعاً فيما كتبه فى نظرية السبب بل هو نفسه لم يكن يشعر أنه يقول شيئاً جديداً عند ما كان يقرر هذه النظرية فى كتابه « القوانين المدنية » . كان يبسطها بسطاً موجزاً ، دون مناقشة أو بحث ، كما يبسط أمراً من الأمور المقررة فى عصره ، فلا يرى نفسه فى حاجة إلى تمحيص ما يورده من الآراء أو الدفاع عنها باعتبار أنها آراء جديدة . لذلك كان من المبالغة أن يقال — كما قال كثيرون — إن دوما له حظ كبير من الابتداع فى نظرية السبب بل نحن لا نشارك أصحاب النظرية التقليدية فى السبب ، من أمثال الفقيه الكبير كابيتان ، رأيهم من أن دوما له

فضل عظيم فى دعم نظرية السبب على أساس صحيح . فعندنا أن دوما قد أساء إلى نظرية أكثر مما أحسن ، وعاق تطورها الطبيعى ، وأعادها إلى وضعها الرومانى نظرية قاحلة مجدية والغريب أن دوما قد انقاد فى هذا ، لا لحكم العقل وقواعد المنطق التى ألفها وسار عليها فى كتابه[1] ، بل إلى البقية من أثر القانون الرومانى التى تسربت إلى القانون الفرنسى القديم على أيدى الفقهاء الرومانيين(romanistes) وفريق من الفقهاء المدنيين(civilistes) الذين تأثروا بالأولين .

على أن لدوما مزيتين لا ينكران فى هذا الشأن : (أولاهما) هذه النظرة الشاملة التى أحاط بها موضوع السبب ، فصاغ منه نظرية عامة محبوكة الأطراف لم تكن قبله قد نسقت على النحو الذى قام به هو . كانت هناك أحجار مهيأة للبناء ، فشيد منها دوما بناء مدعماً متماسكاً ، هو هذا الذى انتقل منه إلى من بعده من الفقهاء ، ثم منهم إلى أصحاب النظرية التقليدية التى ظلت سائدة طوال القرن الماضى . (والمزية الثانية) أن دوما سجل فى وضوح كامل ما وصل اليه عصره فى تحرير الإرادة من الشكل والرسوم والأوضاع . فقد كانت التقسيمات الرومانية العتيقة لأصناف العقود قد دالت دولتها ، وزالت التفرقة بين الاتفاق العارى غير الملزم والعقود والاتفاقات الملزمة ، وأصبح كل اتفاق ملزماً . ويقرر الفقيه الكبير هذه الحقائق فى عبارات جلية واضحة فيقول فى كتابه « القوانين المدنية »[1] : « كل اتفاق ، سواء أكان له اسم معين أم لم يكن ، ينتج أثره دائماً ويلزم بما تم الاتفاق عليه ... ولم يعد هناك محل لأن نبسط ما كان القانون الرومانى يقيمه من فروق بين العقود

---

(١) فقد كان دوماً من دعاة القانون الطبيعى ، وعرف بأنه هو الذى أحيى التفكير المنطقى فى الفقه المدنى. فوضع كتابه المشهور « القوانين المدنية وفقاً للنظام الطبيعى » (Lois Civiles dans leur ordre naturel) ، ولم ينهج فيه نهج من سبقه من الفقهاء فى شرح نصوص القانون الرومانى (Corpus Juris Civilis) ، بل كان لا يرجع إلى هذه النصوص إلا لتكون مؤيدة لما يقرره من أحكام العقل والمنطق ، فيكون ذلك أبلغ فى الإقناع وأدعى إلى الاطمئنان (mettre l'esprit en repos) ، كما يقول .

(١) الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول فقرة ٧ .

التى لها اسم معين والعقود التى لا اسم لها . فهذه التمييزات التى تنطوى على دقة زائفة لم تعد مقبولة فى عرف عصرنا ، وهى مدعاة للاضطراب من غير ما فائدة » . ويلاحظ أن دوما يقرر أن الإرادة وحدها ملزمة على اعتبار أنها حقيقة مقررة فى عصره ، لاتحتاج إلى تمحيص أو مناقشة . فقد كانت القاعدة التى تقرر أن « الاتفاق وحـــده ملزم » (Solus consensus obligat) قد ظفرت فى النهاية ، وفاز أنصارها على معارضيها من الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الرومانى .

أما العيب الجوهرى فى نظرية دوما فهو أنه تأثر فى هذه النظرية ، كما قدمنا ، بالفقهاء المدنيين الذين ظلوا أمناء للقانون الرومانى ، فنقل عنهم النظرية الرومانية الضيقة[1] . وهنا يتولانا شىء من العجب . فإن دوما ، وهو من أنصار المنطق والقانون الطبيعى ، وقد رأيناه يقول بالإرادة وحدها مصدراً للالتزام فيطاوع فى ذلك الفقهاء المدنيين المتأثرين بالقانون الـكنسى ، يرجع القهقرى عندما يتولى بسط نظرية السبب ، فلا يسير فى منطقه إلى مداه ولا يقول مع هؤلاء الفقهاء المدنيين أنفسهم إن الإرادة بعد أن أطلقت من عقال الشكل وجب أن تتقيد بالغرض الذى اتجهت إلى تحقيقه فيكون الباعث هو السبب ، يأبى دوما أن يكون منطقياً فى نظرته للارادة والسبب ، ويرجع إلى الفكرة الرومانية ، فيجعل من السبب أمراً موضوعياً داخلياً لا يتغير فى نوع واحد من العقود ! وقد يعلل ذلك أن دوما آثر دقة الصياغة الرومانية فجرى على منوالها ، ولـكنه أضـاع بذلك على القانون خصوبة النظرية الـكنسية فى السبب وما لها من مدى بعيد وأثر بالغ .

وهذا ما يقوله دوما وهو يبسط نظرية السبب ، بعد أن يقسم العقود أقســاماً أربعة ، الثلاثة الأولى هى عقود معاوضة والقسم الأخير خصص لعقود التبرع : « فى الأقسام الثلاثة

---

(١) ويذكر كابيتان فى كتابه فى السبب (ص ١٦٩ — ص ١٦٣ و ص ١٦٣ هامش رقم ١) أن دوما تأثر فى نظريته فى السبب بفقهاء مدنيين ينتمون إلى الفقهاء الرومانيين ، من أمثال كونان (Connan) ودونو (Doneau) — انظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٨٧ .

الأولى من العقود يجرى التعامل دون أن يكون فيه أى تبرع ، ويكون التزام أحد المتعاقدين هو الأساس لالتزام الآخر . وحتى فى العقود التى يظهر أن شخصاً واحداً فيها قد التزم ، كما فى اقتراض مبلغ من النقود ، قد سبق التزام المقترض ما وجب أن يعطيه إياه الطرف الآخر حتى يتكون العقد . وعلى ذلك فالالتزام الذى ينشأ من مثل هذه العقود لمصلحة أحد المتعاقدين يوجد سببه دائماً فى جانب الآخر . ويكون الالتزام باطلا إذا لم يكن مبنياً فى الواقع على سبب »[1] . ثم يتابع دوما بسط نظريته ، وينتقل إلى عقود التبرع فيقول : « وفى الهبات . . . يكون التزام الواهب أساسه غرض من الأغراض المعقولة الحقة كخدمة أسداها الموهوب له أو أية مزية أخرى فيه أو محض الرغبة فى عمل الخير من جانب الواهب . وهذا الغرض يقوم مقام السبب بالنسبة إلى الطرف الذى أخذ ولم يعط شيئاً »[2] وقد يفهم من هذه العبارات الأخيرة أن دوما يرى أن السبب فى التبرعات قد يكون هو الباعث ، كما كان الأمر فى القانون الرومانى على ما قدمنا . ولكنه فى موضع آخر يعود إلى هذه المسألة فيقول : « يجب فى الهبات أن نميز تمييزاً واسعاً ما بين البواعث التى يعلن الواهبون أنها هى أسباب تبرعهم وبين الشروط التى يفرضونها فى هباتهم . وذلك لأنه بينما أن الإخلال بالشرط فى الهبة المقترنة بشرط يبطلها ، فإن الهبة تبقى قائمة حتى لو تبين أن البواعث التى ذكرت فيها ليست صحيحة . فلو أنه ذكر فى هبة أنها تمت لخدمات أسديت أو لتمكين الموهوب له من أن يمتلك شيئاً يريده ، فإن الهبة لا تبطل حتى لو ظهر أنه لم تكن هناك خدمات أسديت أو أن الامتلاك لم يتم . وذلك لأن إرادة من وهب تبقى دائماً قائمة ، وقد تكون له بواعث أخرى غير التى أعلنها »[3] . ويستخلص الأستاذ كابيتان من

---

(١) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول — وقرر دوما فى موضع آخر من الكتاب أن الالتزام الذى قام على سبب انقطع بعد ذلك يصبح باطلا (الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول فقرة ١٣) فهو يستصحب السبب من تكوين العقد إلى تنفيذه .

(٢) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب الأول — الفرع الأول .

(٣) « القوانين المدنية » الكتاب الأول — الباب العاشر — الفرع الأول فقرة ١٣ .

هذه العبارات أن دوما يميز فى عقود التبرع بين السبب والباعث ، فالسبب هو الذى يؤثر فى صحة التبرع ، أما الباعث فلا أثر له[1] .

ويتبين مما قدمناه أن دوما يشترط قيام السبب فى جميع العقود ، فالسبب فى التزام المتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين هو ما يقوم به المتعاقد الآخر ، أى التزامه المقابل . والسبب فى التزام المتعاقد فى العقود الملزمة لجانب واحد هو ما قام به المتعاقد الآخر ، أى التسليم الذى تم من جانبه فى مبدأ الأمر . والسبب فى التبرعات هو إرادة المتبرع فى أن يتبرع ، أى نية التبرع . ومن ذلك نرى أن نظرية دوما فى السبب قامت على الفكرة الرومانية الضيقة ، وتأثرت بأقوال الفقهاء المدنيين الذين احتفظوا بتقاليد القانون الرومانى.

٣٦٠ — **نظرية السبب عند خلفاء دوما من الفقهاء** : ولم يزد الفقهاء الذين خلفوا دوما فى القانون الفرنسى القديم على أن يرددوا ما قاله دوما فى نظرية السبب . وأبرز هؤلاء الفقهاء ، كما قدمنا ، فقيهان : بريفو دى لاچانس ، وبوتييه .

كان بريفو دى لاچانس (Prévôt de la Janès) أستاذاً للقانون فى جامعة أورليان فى النصف الأول من القرن الثامن عشر . وقد توفى فى سنة ١٧٤٩ . ذكر فى كتاب له[2] أن الرضاء يجب أن يكون مبنياً على سبب (fondé sur quelque cause) . وعرف السبب بأنه الغرض (motif) الذى دفع المتعاقد إلى الالتزام . ولكنه بين ما يريد بكلمة « الغرض » عند الكلام فى البيع ، فذكر أن السبب فى التزام كل من المتعاقدين هو

---

(١) كابيتان فى السبب فقرة ٧٩ . قارن بواجيزان (ص ١٥٠ — ص ١٥٥) وهو يستخلص من هذه العبارات أن دوما يعتد بالباعث فى التبرعات ، ويجعل له أثراً فى صحتها — ويبدو أن دوما يميز بين الباعث الدافع للهبة ، ومظهره أن يكون شرطاً مفروضاً فى العقد ، وهو يؤثر فى صحة التبرع ، وبين الدوافع التى تذكر فى العقد دون أن تفرض شروطاً ، وهذه لا تؤثر لاحتمال أن يكون هناك دوافع أخرى حملت على التبرع .

(٢) (Principes de la Juris. fr. suivant l'ordre des actions) القسم الثانى — الباب الثامن — الفصل الثانى .

التزام المتعاقد الآخر المقابل له . فالسبب عنده فى العقود الملزمة للجانبين هو السبب ذاته عند دوما [(١)] .

أما بوتييه (Pothier) الفقيه الفرنسى المعروف — وقد خلف بريڤو دى لاچانس فى أستاذية القانون بجامعة أورليان — فكان أوضح بياناً من سلفه فى بسط نظرية السبب ، ولكنه لم يخرج كثيراً عما قاله دوما فى هذه النظرية ، ذكر فى كتاب « الالتزامات »[(٢)] ما يأتى : « يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف (cause honnête) . ففى عقود المعاوضة يكون السبب فى الالتزام الذى يعقده أحد الطرفين هو ما أعطاه له الطرف الآخر ، أو ما يلتزم بإعطائه له ، أو التبعة التى يتحملها . وفى عقود التبرع يكون الجميل الذى يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذى يعقده قبله . أما إذا لم يقم الالتزام على أى سبب ، أو ما يعدل ذلك إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذى يتضمنه » . ثم ينتقل بوتييه إلى السبب غير المشروع فيقول : « إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام سبباً يجرح العدالة أو حسن النية أو الآداب (cause qui blesse la justice, la bonne foi ou les bonnes moeurs) ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذى يتضمنه »[(٣)] .

ونرى من ذلك أن بوتييه ردد فى وضوح وإسهاب ما سبقه إليه دوما ، وإذا كان قد زاد عليه فى التفصيل ، ففى المسائل الثلاث الآتية : (١) لم يكتف بأن يحدد السبب فى العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، بل حدده أيضاً فى العقود الاحتمالية وجعله التبعة التى يتحملها المتعاقد . (٢) ذكر فى وضوح أن السبب فى التبرعات هو نية التبرع ،

---

(١) كابيتان فى السبب فقرة ٨٠ — ويرى بريڤودى لاچانس أن التعهد المكتوب يكون ذا سبب صحيح إذا ذكر المتعهد أنه يقر بمديونيته ويتعهد بالدفع ، فالإقرار بالمديونية سبب كاف للالتزام (بواجيزان ص ١٥٨ — ص ١٥٩) .

(٢) فقرة ٤٢ .

(٣) « الالتزامات » فقرة ٤٣ .

وكان دوما غير واضح فى ذلك وضوحاً كافياً كما رأينا . (٣) أفاض فى ذكر السبب غير المشروع وقرنه بالسبب غير الموجود والسبب غير الصحيح ، فوضع الأساس لشروط السبب فى النظرية التقليدية[١] .

وقد نقل تقنين نابليون نظرية السبب عن دوما وبوتييه فى المواد ١١٠٨ و ١١٣١ — ١١٣٣ . وصارت هذه النصوص هى الأساس الذى تقوم عليه النظرية التقليدية فى السبب .

هذا هو تاريخ تطور نظرية السبب ، أوردناه فى شىء من التفصيل حتى نتبين أن هذه النظرية قد انتقلت إلى القانون الحديث وهى تحمل أثراً واضحاً من ذكريات ماضيها ، سواء فى ذلك النظرية التقليدية أو النظرية الحديثة . وننتقل الآن لبسط نظرية السبب فى القانون الحديث .

المبحث الثانى

نظرية السبب فى القانون الحديث

٣٦١ — ترتيب الموضوع : انتقلت نظرية السبب كما رأينا من القانون الفرنسى القديم إلى تقنين نابليون ، فبسطها الفقهاء الفرنسيون على النحو الذى رأيناه عند دوما وبوتييه . وهذه هى النظرية التقليدية فى السبب . ولما كانت هذه النظرية عقيمة مجدبة ، إذ هى مشبعة بالفكرة الرومانية الضيقة كما قدمنا ، فقد انتصب لها خصوم أشداء فندوها وزعزعوا الثقة بها وكادوا أن يقضوا على فكرة السبب كركن من أركان الالتزام . وأثارت هذه الخصومة لنظرية السبب التقليدية فقهاء آخرين قاموا ينتصرون لفكرة السبب فى ذاتها ، سواء فى صورتها التقليدية أو فى صورة أخرى لها معدلة . ولكن القضاء فى فرنسا

---

(١) وزاد بوتييه أيضاً فى أنه ميز بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الغرض الذى يقصد إليه الملتزم ، فوضع بذرة التقسيم الثلاثى للسبب الذى سنراه فى النظرية التقليدية .

كان بمعزل عن هـذه الخصومات الفقهية ، وأخذ من جانبه يعود إلى النظرية الكنسية الخصبة وهى النظرية التى تفسر السبب بالباعث فتجعل للسبب معنى منتجاً فعالاً . ومن ثم قامت النظرية الحديثة فى السبب على أنقاض النظرية التقليدية ، قامت فى أول أمرها على أكتاف القضاء فهو الذى عبد لها الطريق كما رأينا ، ثم تبع الفقه القضاء فى ذلك . وقد تلقى التقنين المدنى الجديد النظرية وهى فى مرحلة متقدمة من مراحل تطورها ، فاستكمل حلقات التطور بفصل نظرية السبب عن نظرية الغلط فصلاً تاماً وكانا من قبل يتلاقيان فى منطقة مشتركة .

فنحن نتكلم : (أولا) فى النظرية التقليدية . (ثانياً) فى النظرية الحديثة . (ثالثاً) فى نظرية السبب بعد انتقالها إلى التقنين المدنى الجديد .

المطلب الأول

النظرية التقليدية فى السبب

٢٦٢ — النصوص فى القانون المدنى الفرنسى وفى القانون المدنى المصرى القديم : تلقى تقنين نابليون نظرية السبب كما بسطها دوما ، وانتقلت منه إلى الفقه الفرنسى ، وبقى الفقهاء الفرنسيون يقررون هـذه النظرية التقليدية طوال القرن التاسع عشر[1] . وسنرى ونحن نبسط ما قرروه أنهم لم يتعدوا عما قرره دوما وبوتييه مما سبق بيانه .

وقد دخلت النظرية التقليدية فى نصوص تقنين نابليون على النحو الآتى :

نصت المادة ١١٣١ من هذا التقنين على أن الالتزام لا ينتج أى أثر إذا لم يكن مبنياً على سبب (sans cause) ، أو كان مبنياً على سبب غير صحيح (fausse cause) ، أو على سبب غير مشروع (cause illicite) .

ونصت المادة ١١٣٢ على أن الاتفاق يكون صحيحاً ولو لم يذكر سببه .

---

(١) انظر بسطاً وافياً للنظرية التقليدية للسبب فى ديعولومب ٢٤ ص ٣٢٩ وما بعدها .

ونصت المادة ١١٣٣ على أن السبب يكون غير مشروع إذا حرمه القانون ، أو إذا كان مخالفاً للآداب أو للنظام العام .

وقد نقل التقنين المدنى المصرى القديم عن تقنين نابليون هـــذه النصوص بعد أن وجزها فى نص واحد على الوجه الآتى :

نصت المادتان ٩٤/١٤٨ من التقنين المدنى المصرى القـديم على أنه « يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » . والأصل الفرنسى لهذا النص العربى أدق ، فهو يقضى بأن « الالتزام لا يوجـــد إلا إذا كان له سبب محقق مشروع »[1] ، فجعل السبب شرطاً فى وجود الالتزام لا فى صحته فحسب .

ونتناول الآن النظرية التقليدية . فنتكلم أولا فى معنى السبب فى هـذه النظرية وفى الشروط الواجب توافرها فيه . ثم نستعرض بعد ذلك الحجج التى تقدم بهـا خصوم السبب فى تفنيده ، والحجج التى تقدم بها أنصاره فى تأييده .

§ ١ — معنى السبب فى النظرية التقليدية والشروط الواجب توافرها فيه

(١) تحديد معنى السبب فى النظرية التقليدية

٢٦٣ — السبب الإنشائى والسبب الدافع والسبب القصدى : تميز النظرية التقليدية بين السبب الإنشـائى (cause efficiente) والسبب الدافع (cause impulisve) والسبب القصدى (cause finale)[2] .

---

(١) وهذا هو الأصـل الفرنسى : "L'obligation n'existe que si elle a une cause certaine et licite".

(٢) وقد رأينا أصل هـذا التميز فيما نقله المحشون والبارتوليون عن الفلسفة اليونانية من التميز بين السبب (causa proxima, finalis)، والباعث (causa remota, impulsiva) (أنظر آنفاً فقرة ٢٥٦) ، وفى التميز الذى قال به بوتييه بين السبب بمعنى مصدر الالتزام والسبب بمعنى الغرض الذى يقصد إليه الملتزم (انظر آنفاً فقرة ٢٦٠ فى الهامش) .

فالسبب الإنشائى هو مصـــدر الالتزام . وقد عرفنا أن مصادر الالتزام هى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . والسبب بهــذا المعنى لا يعنينا هنا ، ويجب أن نستبعده .

والسبب الدافع هو الباعث الذى دفع الملتزم إلى أن يرتب فى ذمتــه الالتزام . فمن يشترى منزلا قد يكون الدافع له على الشراء والالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل ، أو أن يخصصه لسكناه ، أو أن يجعل منه محلا لعمــله ، أو أن يديره للعهارة ؛ أو أن يجعل منه نادياً للمقامرة الخ الخ . ونرى من ذلك أن الباعث يجمع الخصــائص الثلاث الآتية : (١) هو شىء خارجى عن العقــد (extrinsèque) ، فلا يذكر فى الاتفاق ضرورة ، ولا يستخلص حتما من الالتزام . (٢) هو شىء ذاتى للملتزم (subjectif) ، إذ يرجع إلى نواياه وما يتأثر به من دوافع . (٣) هو شىء متغـير (variable) ، لا فى كل نوع من العقود فحسب ، بل فى كل عقد على حدة ، فالباعث للمشترى فى عقد غير الباعث للمشترى فى عقد آخر . ولما كان الباعث لا يمكن ضبطه على وجه التحديد ، فإن النظرية التقليدية تذهب إلى أنه لا تأثير له فى وجود العقد ولا فى قيام الالتزام . فمهما كان هذا الباعث شريفاً أو غير شريف ، متفقاً مع النظام العام أو مخالفاً له ، فإن العقد صحيح والالتزام قائم .

والسبب القصدى — وهو السبب الذى تقف عنده النظرية التقليدية وإذ أطلقت كلمة السبب عنته بهذه الـكلمة — يعرَّف عادة بأنه هو الغاية المبـاشرة (fin directe) أو الغرض المباشر (but immédiat) الذى يقصــد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه . فيختلف السبب عن الباعث فى أن السبب هو أول نتيجة يصــل إليها الملتزم (causa proxima) ، أما الباعث فغاية غير مباشرة (causa remota) تتحقق بعد أن يتحقق السبب ، ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام .

٢٦٤ — السبب فى الطوائف المختلفة للعقود : وتستعرض النظرية التقليدية الطوائف المختلفة للعقود لتحدد السبب — ويفهم دائماً بمعنى السبب القصدى — فى كل طائفة منها ، على النحو الذى جرى عليه دوما وبوتييه .

ففى العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل من المتعاقدين هو التزام الآخر . مثل ذلك عقد البيع ، يلتزم البائع فيه بنقل ملكية المبيع ، وسبب هذا الالتزام — أى الغرض المباشر الذى قصد البائع أن يحققه من وراء التزامه بنقل ملكية المبيع — هو التزام المشترى بدفع الثمن . ويلتزم المشترى بدفع الثمن ، وسبب هذا الالتزام — أى الغرض المباشر الذى قصد المشترى أن يحققه من وراء التزامه بدفع الثمن — هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع . وقل مثل ذلك فى العقود الأخرى الملزمة للجانبين ، كالمقايضة والإيجار وعقد المقاولة وعقد العمل .

وفى العقود الملزمة لجانب واحد ، إذا كان العقد عينياً ، قرضاً كان أو عارية أو وديعة أو رهن حيازة[١] ، يكون سبب التزام المتعاقد الملتزم هو تسلمه الشىء محل التعاقد . فالمقترض يلتزم برد القرض لأنه تسلمه ، وهذا هو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه من وراء التزامه .

وإذا كان العقد الملزم لجانب واحد عقداً رضائياً ، كالوعد بالبيع ، فالظاهر أن سبب الالتزام هو إتمام العقد النهائى ، وهو الغرض المباشر الذى قصد إلى تحقيقه ، وهو بعد سبب محتمل قد يتحقق وقد لا يتحقق[٢] .

وفى عقود التبرع السبب فى التزام المتبرع هو نية التبرع ذاتها . فالمتبرع يقصد من وراء التزامه غرضاً مباشراً هو إسداء يد للموهوب له ، وهذا هو السبب فى تبرعه .

٣٦٥ — خصائص السبب : ويتبين مما تقدم أن خصائص السبب فى النظرية التقليدية هى عكس خصائص الباعث . فالسبب شىء داخلى فى العقد (intrinsèque) يستخلص حتما من نوع العقد ومن طبيعة الالتزام ذاته . وهو شىء موضوعى (objectif) لا تؤثر

---

(١) وهذا فى غير التقنين المصرى الجديد الذى ألغى العقود العينية كما رأينا ، ولم يبق منها إلا هبة المنقول . ثم هذا بفرض أن العقود العينية ملزمة لجانب واحد كما يذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء .

(٢) كابيتان فى السبب فقرة ٢٨ .

فيه نوايا الملتزم . وهو غير متغير (invariable) ، فيبقى واحداً فى نوع واحد من العقود ولا يتغير بتغير البواعث والدوافع .

وهذه الخصائص الثلاث هى عين الخصائص التى رأيناها لصيقة بالسبب فى الفكرة الرومانية القديمة .

٢٦٦ — *قيام السبب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه* : وتحرص النظرية التقليدية على أن تقرر أن قيام السبب واجب من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه . فإذا قام السبب عند تكوين العقد ، ثم انقطع قبل التنفيذ ، سقط الالتزام . وتظهر أهمية هذا الحكم فى العقود الملزمة للجانبين . فان هذه العقود تتميز بأمور ثلاثة : (١) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يمتنع عن تنفيذ ما ترتب فى ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . (٢) إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهذه هى نظرية الفسخ . (٣) إذا استحال على أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لقوة قاهرة تحمل هو تبعة هذه الاستحالة وسقط التزام المتعاقد الآخر ؛ وهذه هى نظرية تحمل التبعة . وسنعرض لهذه النظريات بالتفصيل فى مواضعها . ويكفى أن نشير هنا إلى أن أصحاب النظرية التقليدية يبنون هذه النظريات الثلاث على فكرة السبب ووجوب بقائه قائماً الى أن يتم تنفيذ العقد . فاذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة ؛ فان التزام المتعاقد الآخر ينقطع سببه . ومن ثم يستطيع هذا المتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه . أو أن يطلب فسخ العقد أو أن يجعل المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه يحمل تبعة هذه الاستحالة بعد سقوط الالتزام الذى انقطع سببه[١] .

(١) ويلاحظ أن القانون الرومانى كان يأبى أن يدفع فكرة السبب فى عقد البيع إلى حد أن يتطلب بقاء السبب بعد تكوين العقد ، بل كان يقف بفكرة السبب عند تكوين العقد ، دون أن يجاوز مرحلة التكوين إلى مرحلة التنفيذ . فلم يكن يسلم بأية نظرية من هذه النظريات الثلاث : الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل المدين تبعة استحالة التزامه (انظر آنفاً فقرة ٢٥٢) . فالنظرية التقليدية فى السبب متقدمة فى هذه الناحية على القانون الرومانى .

ب — الشروط الواجب توافرها فى السبب

٢٦٧ — *شروط ثلاثة* : يخلص من النصوص التى أوردناها فى التقنين المدنى الفرنسى وفى التقنين المدنى المصرى القديم أن السبب يجب أن تتوافر فيه شروط ثلاثة : (١) أن يكون موجوداً . (٢) وأن يكون صحيحاً . (٣) وأن يكون مشروعاً .

٢٦٨ — *وجود السبب* : تقول النظرية التقليدية إن كل التزام يجب أن يكون له سبب . ووجود السبب ليس فى الواقع شرطاً يجب توافره فى شىء ، بل هو الشىء ذاته . وإنما يثار وجود السبب حتى يتقرر أن كل التزام لا يكون له سبب يكون التزاماً غير قائم .

ويغلب فى السبب غير الموجود أن يكون سبباً موهوماً وقع غلط فى وجوده ، فظن المتعاقدان أنه موجود وهو غير موجود . ولكن السبب الموهوم لا يدخل فى دائرة هذا الشرط الأول ، بل يدخل فى دائرة الشرط الثانى كما سنرى . أما هنا فالمراد بالسبب غير الموجود أن يكون المتعاقدان على بينة من أنه غير موجود ، أى غير واهمين فى وجوده . ويصح التساؤل إذن كيف يقدم المتعاقدان على التعاقد لسبب غير موجود وهما عالمان بذلك؟ تجيب النظرية التقليدية أن هذا يمكن أن يتحقق عند التعاقد وبعد التعاقد .

فهو يتحقق عند التعاقد فى فروض مختلفة نذكر منها فرضين : (١) قد يكره أحد المتعاقدين على إمضاء إقرار بمديونيته وهو غير مدين ، أى لسبب لا وجود له . كقرض لم يتم ، فيكون كل من المتعاقدين على بينة من أن سبب المديونية غير موجود . وفى هذه الحالة يكون العقد الذى يقر فيه المتعاقد المكره بمديونيته باطلا لانعدام السبب ، ولا يكفى أن يقال إنه قابل للابطال لما وقع فيه من إكراه . بل قد لا يكون هناك إكراه ويصدر الإقرار بالمديونية قبل تسلم القرض ، ثم يثبت المقر أنه لم يتسلم القرض أصلا ، فيكون الإقرار فى هذه الحالة باطلا لانعدام السبب . ويستقيم الفرض حتى لو اعتبر الإقرار إرادة منفردة

لا عقداً ، فإن السبب ركن فى كل التزام إرادى ولو لم يكن التزاماً عقدياً . (٢) يكون السبب غير موجود ، دون أن يكون هناك وهم أو إكراه ، فيما يسمى بسند المجاملة (effet de complaisance) . وصورته أن يلتزم شخص نحو آخر التزاماً صورياً ، فيمضى سنداً لمصلحته ، ويقصد من ذلك أن يعطى الدائن الصورى سنداً يحصل على قيمته من طريق تحويله ، حتى إذ حل ميعاد دفع السند قام الدائن الصورى بتوريد قيمته إلى المدين ، فيدفعها هذا لحامل السند . وبذلك يستطيع الدائن الصورى أن يحصل على ما هو فى حاجة إليه من النقود إلى أجل معلوم ، لا من مدينه بالذات ، بل بفضل إمضاء هذا المدين على سند المجاملة[1] . ولا يحتج بانعدام السبب على حامل السند إذا كان حسن النية ، ولكن فى العلاقة ما بين المدين ودائنه الصورى يستطيع الأول أن يتمسك ببطلان السند لانعدام السبب[2] .

ويتحقق انعدام السبب بنوع خاص بعد التعاقد . ويقع ذلك فى العقود الملزمة للجانبين إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أو استحال عليه هذا التنفيذ لقوة قاهرة ، فإن سبب التزام المتعاقد الآخر يصبح غير موجود بعد أن كان موجوداً عند التعاقد ، وانعدام السبب بعد وجوده فى هذه الأحوال هو الذى يبرر نظرية الدفع بعدم التنفيذ ونظرية الفسخ ونظرية تحمل التبعة على ما بينا .

٢٦٩ — صحة السبب : ويجب أيضاً أن يكون السبب صحيحاً فالسبب غير الصحيح

---

(١) [انظر نقض مدنى ٧ يناير ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٣ ص ٣٤ — حيث قضى بأنه لا محل للنعى على محكمة الموضوع إذا قضت برفض دعوى المطالبة المؤسسة على سند إذنى لما تبينته من أنه حرر للمجاملة ولم يكن له سبب سوى مجرد الحصول على ائتمان الطاعن لدى الغير ولم يقصد بتحريره إنشاء علاقة مديونية حقيقية بين طرفيه] .

(٢) ويتحقق انعدام السبب ، دون وهم أو إكراه ، فى عقد احتمالى يسمى « كرة الثلج » boule de neige (انظر فى ذلك نظرية العقد للمؤلف ص ٥٥١ هامش رقم ٣) كما قد يتحقق فى سائر العقود الاحتمالية — وهى عقود يكون السبب فيها هو احتمال المكسب والخسارة فى كل من الجانبين — فإذا انعدم هذا الاحتمال فى جانب انعدم سبب الالتزام ، وقد يكون ذلك عن بينة وبغير إكراه .

(fausse cause) لا يصلح أن يقوم عليه التزام . ويرجع عدم صحة السبب إلى أحد أمرين (١) إما لأن السبب الظاهر — وهو السبب غير الصحيح — هو سبب موهوم أو مغلوط (cause erronée) (٢) وإما لأن السبب الظاهر هو سبب صورى (cause simulée) .

والأمثلة على السبب الموهوم كثيرة : وارث يتخارج مع شخص يعتقد أنه وارث معه وهو ليس بوارث ، فيعطيه مبلغاً من النقود حتى يتخلى عن نصيبه فى الميراث ، فهذا التخارج باطل لأن سببه موهوم . وارث يمضى إقراراً بدين على التركة ويتبين أن الدائن كان قد استوفى الدين من المورث فهذا الإقرار باطل لأن سببه موهوم . وارث يتعهد لموصى له بعين فى التركة أن يعطيه مبلغاً من المال فى نظير نزوله عن الوصية ، ويتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة أو أن الموصى قد عدل عنها ، فتعهد الوارث باطل لأن سببه موهوم . مدين يتفق مع دائنه على تجديد الدين ، فيتبين أن الدين القديم باطل أو أن الدائن قد استوفاه ، فالتجديد باطل لأن سببه موهوم .

بقى السبب الصورى . والعقد الذى يقوم على سبب صورى لا يكون باطلا لصورية السبب ، فإن الصورية فى ذاتها ليست سبباً فى البطلان . ولكن إذا أثبت المدين صورية السبب ، فعلى الدائن أن يثبت السبب الحقيقى . ويكون الالتزام قائماً أو غير قائم تبعاً لهذا السبب الحقيقى . فإن كان هذا السبب موهوماً سقط الالتزام لأن السبب الحقيقى موهوم لا لأن السبب الظاهر صورى . وإن كان السبب الحقيقى غير مشروع ، وقد أخفى تحت ستار سبب مشروع كما هو الغالب ، سقط الالتزام أيضاً ، لا لصورية السبب الظاهر ، بل لعدم مشروعية السبب الحقيقى . أما إذا كان السبب الحقيقى مشروعاً غير موهوم ، فإن الالتزام يقوم بالرغم من صورية السبب الظاهر [١] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧) . [وانظر نقض مدنى ١٩٥٦/١/٥ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢ ص ٤٣ وقد ورد به إن قضاء محكمة النقض قد استقر فى ظل القانون المدنى القديم على أنه إذا كان الثمن لم يذكر فى عقد البيع إلا بصفة صورية فإن العقد يصح بوصفه هبة مستترة فى صورة عقد بيع ، متى ثبت لها من ملابساته أنه عقد تمليك قطعى منجز] .

٢٧٠ — مشروعية السبب : ويجب أخيراً أن يكون السبب مشروعاً . والسبب المشروع هو الذى لا يحرمه القانون ولا يكون مخالفاً للنظام العام ولا للآداب[1] . وقد بينا معنى المخالفة للقانون أو للنظام العام أو للآداب عند الكلام فى المحل غير المشروع . ونبين هنا أن مشروعية السبب ، عند أصحاب النظرية التقليدية ، شرط متميز عن مشروعية المحل . فقد يكون المحل مشروعاً والسبب غير مشروع . ويتحقق ذلك فى فروض مختلفة ، نذكر منها الفروض الثلاثة الآتية :

(أولا) إذا تعهد شخص لآخر بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود يأخذه منه فإن التزام الشخص الآخر بدفع النقود محله مشروع ، ولكن سببه — وهو التزام الشخص الأول بارتكاب الجريمة — غير مشروع . فلا يقوم هذا الالتزام ، لا لعدم مشروعية المحل بل لعدم مشروعية السبب .

(ثانياً) كذلك إذا تعهد شخص لآخر بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود ، فإن التزام كل من المتعاقدين محله مشروع . فقد تعهد الأول بعدم ارتكاب الجريمة وتعهد الثانى بدفع مبلغ من النقود ، وكلا المحلين مشروع . ولكن سبب التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة هو التزام الثانى بدفع النقود وهذا سبب غير مشروع . وسبب التزام الثانى بدفع النقود هو التزام الأول بالامتناع عن ارتكاب الجريمة ، وهذا أيضاً سبب غير مشروع . ومن ذلك نرى أن كلا من الالتزامين لا يقوم لعدم مشروعية السبب ، وهذا بالرغم من أن محل كل منهما مشروع . وكذلك الأمر فى كل عقد يلتزم فيه شخص بإجازة آخر ليحمله على الالتزام بما يجب عليه دون إجازة ، كالمودع يجيز المودع عنده حتى يرد الوديعة . وكالمسروق منه يجيز السارق حتى يرد المسروق ، وكالمخطوف ولده يجيز الخاطف حتى يرد الولد ، وكمن يخشى أذى دون حق من شخص ، يجيز هذا الشخص حتى يكف عنه أذاه .

---

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٥ يونية سنة ١٩٠١ الحقوق ١٦ ص١٧٩ . محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٩ — وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ — وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١١٩ .

(ثالثاً) عقد الوساطة فى الزواج هو (courtage matrimonial) أيضاً عقد سببه غير مشروع ، على رأى ، وإن كان المحل مشروعاً . فإذا التزم شخص أن يدفع أجراً لوسيط يبحث له عن زوج يرضاه ، فإن كثيراً من الفقهاء[1] يقولون إن العقد غير مشروع لأنه يجعل الزواج ضرباً من التجارة . إلا أن محكمة النقض الفرنسية ميزت بين فرضين . فإذا اشترط الوسيط الأجر تم الزواج أو لم يتم ، كان هذا أجراً على العمل لا جائزة على النجاح فيكون العقد مشروعاً . أما إذا اشترط الأجر على ألا يأخذه إلا إذا تم الزواج ، فهذا هو الاتفاق الباطل ، لأن الوسيط فى هذه الحالة قد يحمل على ركوب طرق من الغش والخديعة حتى يتم زواجاً قد لا يكون فى مصلحة الزوجين أن يتم ، ولا مصلحة فيه إلا للوسيط يحصل على أجره الموعود[2] . والقضاء فى مصر غير مستقر ، فقد قضت إحدى المحاكم الوطنية[3] ببطلان العقد ، لا سيما فى بلد كمصر حيث يسهل على « الخاطبة » أن تخدع الزوج ، فى أمر زوجته ، بسبب انعزال المرأة عن الرجل[4] . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة[5] بصحة العقد إذ أن الغرض الذى يرمى اليه مشروع ، فهو ييسر أمر الزواج ، وإذا وقع غش من الوسيط أمكن الرجوع عليه بالطرق القانونية . ونحن نؤثر الأخذ برأى محكمة النقض الفرنسية ، فيكون العقد صحيحاً إذا أخذ الوسيط أجراً على عمله تم الزواج أو لم

---

(١) أوبرى ورو ٤ ص ٥٥٣ — لارومبيير م ١١٣٢ فقرة ١١ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٣٣٥ — لوران ١٦ فقرة ١٥٠ — بفنوار ص ٥٤١ .

(٢) نقض فرنسى فى أول مايو سنة ١٨٥٥ داللوز ١٨٥٥ — ١ — ١٤٧ . [انظر أيضاً دى باج جـ ١ ص ١١٣ (بند ٩٣) وهو أيضاً يميز بين هذين الفرضين ويشير إلى تردد القضاء البلجيكى فى هذا الشأن] .

(٣) محكمة عابدين الجزئية فى ١٧ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٥٦ — وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة فى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١١ رقم ٩٩ .

(٤) ويؤيد هذا الرأى والتون (جزء أول ص ٢٨٥ — ص ٢٨٨) والدكتور محمد صالح بك (الالتزامات ص ٢٥٤) .

(٥) ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٨٣ — وانظر أيضاً محكمة مصر المختلطة فى ٢٣ يناير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ١٦١ ص ٩٠ .

يتم ، ويكون باطلا إذا لم يأخذ الأجر إلا إذا تم الزواج . فاذا أخذ بهذا الرأى كان الاتفاق مع الوسيط على إعطائه أجراً إذا نجحت وساطته اتفاقاً غير مشروع . وعدم المشروعية هنا يرجع إلى السبب لا إلى المحل ، فإن التزام كل من الفريقين محله مشروع ، أحدهما يلتزم بإعطاء الأجر والثانى يلتزم بالعثور على زوج صالح ، ولكن سبب كل من الالتزامين غير مشروع ، لأنه مما يخالف الآداب والنظام العام أن يلتزم الوسيط بتزويج الطرف الآخر فى مقابل أجر ، وأن يلتزم الطرف الآخر بإعطاء الوسيط أجراً فى مقابل هذا الزواج .

§ ٢ — خصوم السبب وأنصاره

ا — خصوم السبب

٢٧١ — *الهجوم على النظرية التقليدية* : منذ أن استقرت النظرية التقليدية ، منقولة عن دوما وبوتييه عن النحو الذى بسطناه ، بقيت مبعثاً لقلق الفقهاء ، يرون فيها ضيق الأفق وقصور المدى وعقم الإنتاج . وأول من جاهر من الفقهاء بذلك كان الفقيه البلجيكى ارنست (Ernst) وكان أستاذاً فى جامعة ليبج ، كتب مقالا فى سنة ١٨٢٦ فى مجلة (Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste) [١] يبين فيه أن السبب فى النظرية التقليدية ليس ركناً متميزاً ، فهو يختلط إما بالمحل فى العقود الملزمة للجانبين ، وإما بالرضاء فى عقود التبرع ، ويستخلص من ذلك أن السبب لا ضرورة له ، وتغنى عنه أركان الالتزام الأخرى . ثم هاجم النظرية بعد ذلك لوران (Laurent) [٢] وكورنيل (Cornil) [٣] ، وهما أيضاً فقيهان بلجيكيان [٤] ، وتابعهما عدد من الفقهاء الفرنسيين ،

---

(١) سنة ١٨٢٦ ص ٢٥٠ — ص ٢٦٤ .

(٢) جزء ١٦ فقرة ١١١ .

(٣) فى رسالة عنوانها : « بمناسبة تنقيح القانون المدنى ، السبب فى العقود » بروكسل سنة ١٨٩٠ :
(A propos de la révision du Code Civil — De la cause dans les conventions, Bruxelles 1890).

(٤) [ومن فقهاء البلاجكة الذين يهاجمون السبب : دى باج ج ٢ بند ٤٧٠ وما بعده و ج (١) بند ٨٣ وما بعده — وهو يرى فى المحل ما يغنى عن السبب على أن يفهم محل الالتزام بمعنى مزدوج يشمل =

هاجموا النظرية مهاجمة عنيفة فى رسائلهم [١] .

ولكن الحملة على نظرية السبب لفتت النظر بنوع خاص عندما انحاز بلانيول إلى خصوم السبب [٢] . وردد الأستاذان بودرى وبارد صدى هذه الحملة [٣] . وكذلك فعل دابان (Dabin) [٤] ووالتون [٥] .

ونقف عند نقد بلانيول لنظرية السبب التقليدية ، ففيه خلاصة واضحة للحملات التى قام بها خصوم السبب ، وكان هو المعول الفعال فى هدمها .

٢٧٢ — *نقد بلانيول لنظرية السبب التقليدية* : يقول بلانيول إن نظرية السبب التقليدية نظرية غير صحيحة ، ثم هى غير ذات فائدة .

أما أنها غير صحيحة ، فذلك يظهر إذا استعرضنا السبب فى فروضه الثلاثة : العقد الملزم للجانبين والعقد العينى وعقد التبرع . فنى العقد الملزم للجانبين لا يجوز القول ، كما تزعم النظرية التقليدية ، إن سبب أحد الالتزامين المتقابلين هو الالتزام الآخر ، فإن فى هذا استحالة منطقية ، ذلك أن الالتزامين يولدان فى وقت واحد من مصدر واحد هو

= الفائدة الشخصية من جهة والنفع الاجتماعى من جهة أخرى وبهذه المثابة لا يكون هناك ما يستدعى اشتراط السبب كركن متميز عن المحل] .

(١) نذكر منهم أرتير (Artur) فى السبب فى القانون الرومانى والقانون الفرنسى باريس سنة ١٨٧٨ — تامبال (Timbal) فى السبب و العقود والالتزامات تولوز سنة ١٨٨٢ — سيفريادس (Sériadès) بحث انتقادى فى نظرية السبب باريس سنة ١٨٩٧ — انظر أيضاً هيك الجزآن السادس والسابع .

(٢) الجزء الثانى فقرة ١٠٣٧ — فقرة ١٠٣٩ .

(٣) الجزء الأول فقرة ٣٢١ — فقرة ٣٢٧ .

(٤) « نظرية السبب » بروكسل سنة ١٩١٩ .

(٥) ويقول الأستاذ والتون إن نظرية السبب التقليدية مثار للنقد الشديد ، ويتوقع أن التقنين المدنى عند تنقيحه يستبعد فكرة السبب كركن فى الالتزام ، ويسير فى ذلك على نهج التقنينين الألمانى والسويسرى (والتون ١ ص ٥٩ — ٦٠) .

العقد ، فلا يمكن أن يكون أحدهما سبباً للآخر ، لأن السبب يتقدم المسبب ، وهما قد نشآ معاً كما رأينا . وفى العقد العينى يقولون إن سبب الالتزام هو تسليم العين ، ولكن التسليم ليس إلا المصدر الذى كون العقد فأنشأ الالتزام ، فيختلط هنا السبب بالمصدر ويصبحان شيئاً واحداً . وفى عقد التبرع يقولون إن سبب الالتزام هو نية التبرع ، وهذا قول خال من المعنى ، وإلا فأية قيمة لنية التبرع فى ذاتها إذا لم تقرن بالعوامل التى دفعت إليها ! .

وأما أن النظرية غير ذات فائدة ، فلأننا نستطيع الاستغناء عنهـا بشىء آخر . ففى العقود الملزمة للجانبين يكفى أن نقول إن الالتزامين المتقابلين مرتبطان أحدهما بالآخر بحيث يتوقف مصير كل منهما على مصير الثانى ، وتغنى فكرة الارتباط فى هذه العقود عن فكرة السبب . وفى العقود العينية وعقود التبرع انعدام السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية هو انعدام التسليم فى العقد العينى وانعدام نية التبرع فى الهبة ، وهذا معناه انعدام العقد ذاته ، فلسنا إذن فى حاجة إلى تعليل عدم قيام الالتزام بانعدام السبب ما دام العقد ذاته غير موجود .

ب — أنصار السبب

٢٧٣ — الدفاع عن فكرة السبب : أما أنصار السبب فكثيرون منهم من يدافع عن النظرية التقليدية بعد تحويرها ، وعلى رأس هؤلاء كابيتان فى كتابه المعروف «السبب فى الالتزامات»[1] . ومنهم من يدافع عن فكرة السبب فى ذاتها ، ولكنه يهجر فى الدفاع عنها النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة التى وضع القضاء أسسها على ما سنرى .

ونبسط هنا دفاع كابيتان عن النظرية التقليدية ، ثم نشير فى إيجاز إلى بعض الفقهاء الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة .

---

(١) انظر أيضاً علماء الفقه التقليدى كأوبرى ورو وديمولومب وبيدان وبفنوار . وانظر بريسو فى رسالة من بوردو سنة ١٨٧٩ ، وكولان فى رسالة من باريس سنة ١٨٩٥ ويوناسكو فى السبب سنة ١٩٢٣ .

٢٧٤ — دفاع كابيتان عن نظرية السبب التقليدية : يمكن القول إن كابيتان هو عميد أنصار النظرية التقليدية للسبب . ولكنه وهو فى صدد الدفاع عنها قد حورها تحويراً جوهرياً فى بعض نواحيها .

فعند كابيتان أن السبب فى العقد الملزم للجانبين ليس هو الالتزام المقابل ذاته ، بل هو تنفيذ هذا الالتزام[1] . ويقول ، رداً على ما أخذه بلانيول على النظرية التقليدية من أن الالتزام الواحد لا يمكن أن يكون سبباً ومسبباً ، إن تنفيذ الالتزام هو السبب فلا يجوز الاعتراض بعد ذلك بأن الالتزام هو السبب والمسبب . ثم يضيف إلى ذلك أنه حتى لو فرض طبقاً للنظرية التقليدية أن سبب الالتزام هو الالتزام المقابل ذاته فلا يصح أن يقال مع ذلك إن الشىء الواحد يعتبر سبباً ومسبباً ، إلا إذا فهم السبب بمعنى «السبب الإنشائى» ، فعند ذلك يستحيل أن يكون الشىء منشئاً لشىء آخر وناشئاً عنه فى آن واحد . ولكن السبب هنا معناه « السبب القصدى » أى الغرض المباشر الذى قصد إليه الملتزم من وراء التزامه ، ويسهل مع هذا المعنى أن نفهم أن الغرض الذى قصد إليه أحد المتعاقدين من وراء التزامه هو التزام المتعاقد الآخر بالذات ، فكل من المتعاقدين قد التزم حتى يلتزم الآخر ، ولا يكون فى هذا خروج على المنطق .

أما الالتزام الذى ينشأ عن عقد عينى فسببه هو تسليم الشىء كما تقرر النظرية التقليدية وهذا صحيح فى نظر كابيتان فى عقود عينية ثلاثة هى القرض والعارية ورهن الحيازة ، فإن هذه العقود إذا كانت عينية من حيث الصياغة ، فهى من حيث طبيعتها عقود رضائية ملزمة للجانبين . فالمقرض والمقترض مثلا يتفقان على القرض . ويتم العقد بالاتفاق . فيلتزم المقرض بتسليم القرض كما يلتزم المقترض برد مثله . ومن هنا نرى أن التسليم ، إذا رجعنا إلى

---

(١) ويبنى كابيتان على أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ارتباط مصير كل من الالتزامين المتقابلين بمصير الالتزام الآخر . ويرتب على هذا الارتباط نظريات الفسخ والدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة ، فهذه النظريات جميعاً لا يمكن أن تقوم إلا على أساس أن السبب هو تنفيذ الالتزام لا وجوده .

ويحدد كابيتان السبب فى العقد الملزم للجانبين إذا كان احتمالياً بوجود الاحتمال ذاته فى العقد (السبب فقرة ١٨ ص ٤٠) ، وفى العقد الملزم للجانبين الذى يتوخى فيه جميع المتعاقدين غرضاً مشتركا ، كالجمعيات والشركات ، بالغرض المشترك الذى قصد المتعاقدون تحقيقه (السبب فقرة ١٩) .

طبيعة العقد ، ليس هو حتما السبب المنشىء للالتزام . بل هو الغرض الذى يسعى إليه المقترض من وراء التزامه برد الشيء . فلا يختلط فى هذه العقود الثلاثة « السبب الإنشائى » و «السبب القصدى» كما يزعم خصوم نظرية السبب . ولا يبقى من العقود العينية إلا الوديعة وهنا يسلم كابيتان أن الوديعة بطبيعتها عقد عينى ملزم لجانب واحد إذا كانت بغير أجر ، ويرى أن سبب التزام المودع عنده ليس هو تسليم الشيء . إذ يختلط بذلك السبب الإنشائى بالسبب القصدى ، بل هو رغبة المودع عنده ، وقد قبل أن يحفظ الشيء دون مقابل ، فى أن يسدى جميلا للمودع . أما إذا كانت الوديعة بأجر فقد أصبحت عقداً ملزماً للجانبين وصار سبب كل التزام هو تنفيذ الالتزام الآخر[1] .

أما فى عقود التبرع ، فسبب الالتزام هو نية التبرع ذاتها (animus donandi) كما تقرر النظرية التقليدية . ولا تختلط هذه النية بالرضاء كما يقول خصوم السبب . فإن إرادة الواهب يمكن تحليلها إلى عنصرين : العنصر الأول هو إرادته أن يلتزم . وهذا هو الرضاء . والعنصر الثانى هو إرادته أن يكون الالتزام دون مقابل على سبيل التبرع ، وهذا هو السبب يتميز عن الرضاء كما نرى . والدليل على ذلك أن العنصر الأول ، وهو الرضاء بالالتزام ، قد يثبت وجوده دون أن يثبت وجود السبب وهو نية التبرع ، كما إذا كتب شخص سنداً بدين فى ذمته لآخر . ثم استطاع أن يثبت أن هذا الدين لا وجود له ، فإنه يبقى بعد ذلك أن يثبت الدائن نية التبرع فى جانب المدين حتى يستوفى منه قيمة السند . فهذا مثل نرى فيه رضاء المدين بالالتزام ثابتاً دون أن تكون نية التبرع عنده ثابتة . على

---

(١) كابيتان فى السبب فقرة ٢٥ — ويستعرض كابيتان العقود الأخرى الملزمة لجانب واحد : فالوكالة بغير أجر سبب الالتزام فيها هو إسداء جميل للموكل كما فى الوديعة بغير أجر — والوعد بالتعاقد سبب الالتزام فيه هو إتمام التعاقد النهائى — والالتزام بوفاء دين يختلف السبب فيه ، فهو تارة يكون فكرة التبرع ، وطوراً يكون فكرة التجديد ، وثالثة يكون تحويل التزام طبيعى إلى التزام مدنى (ويرى كابيتان أن الاعتراف بالالتزام الطبيعى ليس تجديداً له بل هو إنشاء لالتزام مدنى السبب فيه هو الالتزام الطبيعى) — والكفالة سبب التزام الكفيل فيها العلاقة بينه وبين المدين ، وكذلك الإنابة فى الوفاء ، وقد يكون هذا السبب تبرعاً ، وقد يكون وفاء لدين فى ذمة الكفيل للمدين أو فى ذمة المناب للمنيب ، أو قرضاً يعطيه الأول للثانى (كابيتان فى السبب فقرة ٢٦ — فقرة ٣٢) .

أن كابيتان لا يقف عند نية التبرع بل يجاوزها إلى الباعث الدافع فيجعله هو السبب فى حالتين : (١) التبرع إذا اقترن بشرط يتبين أنه هو الذى دفع المتبرع إلى تبرعه ، كما إذا وهب شخص مالا لجمعية خيرية واشترط على الجمعية أن تنشئ بهذا المال مستشفى أو ملجأ ، فإن سبب الهبة فى هذه الحالة لا يكون نية التبرع بل هو القيام بالشرط الذى اقترن به التبرع . (٢) الوصية حيث لا توجد إلا إرادة واحدة هى إرادة الموصى ، فلا يجوز الوقوف فيها عند نية التبرع . بل إن الباعث الذى دفع الموصى إلى تبرعه هو الذى يجب اعتباره سبباً للوصية . وفى هاتين الحالتين يسلم كابيتان باختلاط الباعث بالسبب .

ومن ذلك نرى أن كابيتان أدخل تحويراً فى النظرية التقليدية . حيث يجعل الباعث يختلط بالسبب فى الحالتين المتقدمتين ، وحيث يحدد السبب فى العقد الملزم للجانبين بأنه هو تنفيذ الالتزام لا وجوده ، وحيث يحدد السبب فى عقد الوديعة غير المأجورة بأنه نية التبرع عند حافظ الوديعة . ولكنه مع ذلك يحتفظ بجوهر النظرية التقليدية ، فيستبقى التمييز بين السبب والباعث ولا يخلط بينهما إلا فى فروض نادرة[1] ، ويجعل المعيار فى تحديد السبب موضوعياً لا ذاتياً ، فيكون السبب عنده شيئاً داخلا فى العقد لا منفصلا عنه ، وهو واحد لا يتغير فى أى نوع من العقود .

٢٧٥ — أنصار السبب الذين هجروا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة : وإلى جانب كابيتان قام فقهاء يدافعون عن فكرة السبب ، وينادون بوجوب الاحتفاظ بها ويخالفون بذلك بلانيول وغيره من خصوم السبب الذين يقولون بوجوب حذف هذه الفكرة من القانون .

---

(١) إلى جانب الحالتين اللتين رأينا كابيتان يخلط فيهما الباعث بالسبب توجد حالة ثالثة يعتد فيها كابيتان بالباعث أيضاً ، وذلك إذا أدخل المتعاقدان الباعث فى دائرة التعاقد (**champ contractuel**) ، وأصبح جزءاً من العقد متفقاً عليه . ويختلف كابيتان فى هذا عن النظرية الحديثة . فعنده لا يكفى للاعتداد بالباعث أن يكون معروفاً من المتعاقدين كما تقول النظرية الحديثة ، بل يجب أن يكون متفقاً عليه بينهما (كابيتان فى السبب ص ٢٤٤) .

ولكن هؤلاء الفقهاء الذين ينتصرون للسبب ، ومن أبرزهم جوسران وريبير وديموج وبنكاز ، لا يدافعون عن السبب كما هو مبسوط فى النظرية التقليدية ، بل يتوسعون فيه ويخلطونه بالباعث ، ويهجرون النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة التى وضع أساسها القضاء الفرنسى ، والتى نتولى الآن بسطها .

المطلب الثانى

النظرية الحديثة فى السبب

٢٧٦ — وجوب التوسع فى تحديد السبب : لم يرض القضاء ، وهو الذى يواجه الحياة العملية ، عن النظرية التقليدية فى السبب . فهى نظرية ضيقة عقيمة لا غناء فيها . وسار فى طريق غير طريق الفقه التقليدى ، وتوسع فى تحديد السبب ، فجعله هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وقد عاد القضاء بذلك عن غير قصد إلى نظرية السبب عند الكنسيين ، لأنها هى النظرية التى تنتج فى العمل . وما لبث الفقه الحديث أن انضم إلى القضاء فى نظريته الجديدة ، إذ أدرك مدى ما فيها من خصوبة ومرونة . ولم يكن بد من أن تقترن الإرادة بالباعث الذى يحركها — وهذا هو التصرف المسبب وهو الأصل والقاعدة — أو أن تتجرد عن هذا الباعث ، وهذا هو التصرف المجرد ولا يرد إلا على سبيل الاستثناء .

فنحن نتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (١) استبعاد النظرية التقليدية . (٢) الأخذ بالنظرية الحديثة وهى تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد . (٣) التصرف المجرد (acte abstrait)

§ ١ — استبعاد النظرية التقليدية

٢٧٧ — العيب الجوهرى فى النظرية التقليدية : رأينا أن الصياغة الرومانية الشكلية هى التى ساهمت كثيراً فى تكييف نظرية السبب التى نقلها دوما عن الفقهاء المدنيين فأصبحت هى النظرية التقليدية . والعيب الجوهرى فى هذه النظرية ليس فى أنها غير صحيحة ،

فهى ، حتى لو كانت صحيحـــة ، عقيمة على كل حال . وهى لا تضيف شيئاً إلى الثروة القانونية ، إذ هى تحدد السبب فى أنواع العقود المختلفة تحديداً آلياً ، وتتطلب فيه شروطاً ثلاثة . ونستعرض هذه الشروط مطبقة على السبب فى صوره المختلفة ، لنثبت أن السبب بهذا المعنى التقليدى الضيق يمكن الاستغناء عنه دون عناء .

٢٧٨ — *كيف نستغنى عن السبب الموجود* : تحرص النظرية التقليدية على أن تشترط وجود السبب ، وتستخلص من ذلك أن السبب إذا لم يكن موجوداً فإن الالتزام لا يقوم . وتأتى لذلك بمثلين : مثل من أكره على إمضاء التزام ليس له سبب ، ومثل من أمضى سند مجاملة عن بينة واختيار .

فإذا أكره شخص على إمضاء سند لسبب لا وجود له ، كقرض لم يتم ، فإن العقـد يكون باطلا . ولا يكفى هذا استظهار الإكراه . فإنه يقتصر على جعل العقد قابلا للابطال بينما العقد باطل كما قدمنا . ولـكن على أى أساس يقوم بطلان العقـد ؟ تقول النظرية التقليدية إن الأساس هو انعدام السبب ، إذ الالتزام بالمديونية سببه القرض والقرض لم يتم . على أنه من اليسير أن نصل إلى النتيجة ذاتها عن طريق غير طريق السبب . ذلك أننا إذا اعتبرنا السند تصرفاً صادراً عن إرادة منفردة ، فهو التزام بدفع مبلغ واجب بعقـد القرض ، ولما كان هذا المبلغ لا وجود له لأن القرض لم يتم ، فمحل الالتزام معدوم ، ويسقط الالتزام لا لانعدام السبب بل لانعدام المحل . وإذا اعتبرنا السند هو عقد القرض ذاته ، فالتزام المقترض لا يقوم هنا أيضاً لأنه لم يتسلم مبلغ القرض ، ولا بد من أن يتسلم المقترض مبلغ القرض حتى يلتزم برده . إما لأن القرض عقد عينى لم يتم بالتسليم ، وإما لأن القرض عقد رضائى (وفقاً للتقنين الجديد) لم يقم فيه المقرض بتنفيذ التزامه[1] . وفى الحالين يسقط

---

(١) ويعتبر القرض فى هذه الحالة عقداً ملزماً للجانبين ، يلتزم به المقرض أن يسلم للمقترض مبلغ القرض ، ويلتزم به المقترض أن يرد هذا المبلغ للمقرض . فهناك ارتباط ظاهر بين الالتزامين ، وسنرى أن فـكرة الارتباط فى العقود الملزمة للجانبين تغنى عن فـكرة السبب . فإذا لم ينفذ المقرض التزامه ، سقط التزام المقترض لما يوجد من ارتباط بين الالتزامين .

التزام من أمضى السند ، لا لانعدام السبب ، بل لعــدم انعقاد القرض أو لعدم تنفيذ الالتزام المقابل .

أما إذا أمضى شخص سند مجاملة لدائن صورى ، فإن قواعد الصورية هنا تكفى وتغنينا عن نظرية السبب . فالسند صورى . والدين لا وجود له فيما بين الطرفين . أما بالنسبة إلى الغير (حامل السند) فيؤخذ بالعقد الظاهر .

على أننا إذا تركنا هذه الأمثلة التفصيلية جانباً ، واستعرضنا طوائف العقود المختلفة ، زدنا يقيناً أن السبب بالمعنى التقليدى يسهل الاستغناء عنه .

فالالتزام فى العقد الملزم للجانبين سببه ، كما تقول النظرية التقليدية ، الالتزام المقابل . ولــكن ما أيسر علينا أن نستبدل بفكرة السبب هذه فكرة الارتباط التى قال بها بلانيول . بل لعل فــكرة الارتباط من الناحية الفنية أدق من فــكرة السبب . ذلك أن انعــدام السبب جزاؤه البطلان كما هو معروف ، فإذا انعدم السبب عند تكوين العقد أو بعد تكوينه كان من الواجب أن يكون الجزاء واحداً فى الحالتين . ولــكننا نرى أن العقد يبطل فى الحالة الأولى ويفسخ فى الحالة الثانية ، وفى هذا التفريق عيب فنى واضح . أما فــكرة الارتباط فأكثر مرونة من فــكرة السبب . وهى تسمح بأن نقول بالبطلان إذا انعدم أحد الالتزامين المتقابلين عند تكوين العقد ، إذ منطق الارتباط يقضى بأن العقد لا يوجد . وتسمح فــكرة الارتباط فى الوقت ذاته أن نقول إن العقد ينقضى بعد وجوده — أى يفسخ — إذا انقطع أحد الالتزامين المتقابلين بعد أن وجد .

أما فى العقود العينية وفى التبرعات فالنظرية التقليدية أقل تماسكاً . إذ تقول هذه النظرية إن العقد العينى سببه التسليم ، فإذا لم يتم التسليم لم يقم الالتزام لانعدام سببه . ومن السهل هنا أن يقال إن الالتزام لا يقوم ، لا لانعدام السبب ، بل لعدم انعقاد العقد العينى . وتقول النظرية التقليدية إن السبب فى التبرعات هو نية التبرع ، فإذا لم تكن هذه النية موجودة لم يقم التزام المتبرع لانعدام السبب . ولــكن متى ثبت أن المتبرع قد رضى أن يتبرع ، فرضاؤه يتضمن حتما نية التبرع . فإذا تبين أن هذه النية منعدمة ، فذلك لا يكون

إلا لأن الرضاء بالتبرع منعدم ، وتكون الهبة باطلة فى هذه الحالة لانعدام الرضاء لا لانعدام السبب .

٢٧٩ — *كيف نستغنى عن السبب الصحيح* : ومن السهل أيضاً أن نستغنى عن السبب كما استغنينا عن السبب الموجود . فالسبب غير الصحيح ، كما رأينا ، إما سبب موهوم أو سبب صورى .

وإذا استعرضنا أمثلة السبب الموهوم ، وجدنا أنه يمكن الاستغناء فيها جميعاً عن نظرية السبب بنظرية المحل . فالشخص غير الوارث الذى يتخارج مع وارث يتعامل فى حق معدوم . وهذا هو حال دائن التركة الذى يحصل على إقرار بالدين بعد أن استوفاه ، وحال الموصى له الذى يتعامل فى الموصى به إذا كانت الوصية باطلة أو كان الموصى قد عدل عنها ، وحال الدائن الذى يجدد ديناً قديماً بعد أن يستوفيه .

أما السبب الصورى فقد رأينا أنه لا يبطل العقد إلا إذا كان يخفى سبباً موهوماً أو سبباً غير مشروع . وقد فرغنا من السبب الموهوم ، فننتقل الآن إلى السبب غير المشروع .

٢٨٠ — *كيف نستغنى عن نظرية السبب المشروع* : ومن السهل أن نستغنى عن السبب المشروع فى العقود الملزمة للجانبين بفكرة الارتباط التى قدمناها . فمن يتعهد بارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لعدم مشروعية المحل ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع . ومن يتعهد بعدم ارتكاب جريمة فى مقابل مبلغ من النقود لا يقوم التزامه لاستحالة المحل ، إذ هو لا يستطيع إنشاء التزام قد وجد بحكم القانون قبل هذا الإنشاء ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام مستحيل . والوسيط الذى يتعهد بالنجاح فى العثور على زوج صالح فى مقابل مبلغ من النقود قد تعهد بأمر غير مشروع لا يتفق مع الآداب ، وكذلك لا يقوم الالتزام المقابل لا لعدم مشروعية سببه بل لارتباطه بالتزام غير مشروع .

أما فى العقود العينية والتبرعات ، فإن اشتراط مشروعية السبب غير مفهوم . فالسبب فى العقود العينية هو التسليم ، ولا يتصور أن يكون التسليم غير مشروع إلا إذا وقع على محل غير مشروع ، وعند ذلك لا ينعقد العقد لعدم مشروعية المحل لا لعدم مشروعية السبب. والسبب فى التبرعات هو نية التبرع ، وكيف يتصور أن تكون نية التبرع فى ذاتها غير مشروعة ! إن وجه الاستحالة فى ذلك هو الذى يفسر أن بعض أنصار النظرية التقليدية ، ومنهم كابيتان ، يجنحون إلى اعتبار السبب فى التبرعات هو الباعث الدافع إلى التبرع . بل إن القانون الرومانى ذاته يعتد بالباعث فى الوصايا وبعض الهبات كما أسلفنا .

٢٨١ — وجوب استبعاد النظرية التقليدية فى أية صورة من صورها : ويتبين مما قدمناه ، أن النظرية التقليدية فى السبب نظرية عقيمة . وهى نظرية يمكن استبعادها دون أية خسارة تلحق القانون ، إذ يسهل تخريج جميع النتائج التى يراد أن تترتب عليها وذلك بالرجوع إلى أساس قانونى آخر لا علاقة له بالسبب .

ويستوى فى ذلك أن تكون النظرية التقليدية كما هى على أصلها ، أو أن تكون محورة على النحو الذى يقول به كابيتان . وهناك من الفقهاء من يستبقى النظرية التقليدية ، ويقصرها على السبب فى الالتزام ، ويضع إلى جانبها نظرية القضاء ، ويجعلها فى العقد لا فى الالتزام، وبذلك تمكن المقابلة بين السبب فى الالتزام والباعث فى العقد[1]. فهذه صور ثلاث للنظرية التقليدية .

وفى أية صورة من هذه الصور الثلاث لا نرى للنظرية التقليدية نفعاً يخول لها حق البقاء ، إذ يمكن الاستغناء عنها كما رأينا أياً كان الثوب الذى تلبسه ، وما هى إلا أثر من آثار الصياغة الرومانية القديمة ، وقد زالت مقتضيات هذه الصياغة ، فوجب أن تزول معها . ووجب فى الوقت الذى تنبذ فيه النظرية التقليدية ألا تنبذ فكرة السبب فى ذاتها ،

---

(١) انظر بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٥٢ ص ٣٥٠ — فيفورنو فى العقد فى المشروع الفرنسى الإيطالى وفى القانون المقارن فقرة ١٢٤ ص ٤٣٢ — ص ٤٣٣ — انظر أيضاً أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٥ هامش رقم ١ — ديمانت وكوليه دى سانتير ٥ فقرة ٤٦ .

على أن تكون هى الفكرة الخصبة المنتجة التى تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد ، وهى النظرية التى قال بها القضاء الفرنسى . وننتقل الآن إليها .

§ ٢ — الأخذ بالنظرية الحديثة التى تقوم على الباعث الدافع إلى التعاقد

٢٨٢ — السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد : لم تستطع النظرية التقليدية أن تواجه الحياة العملية ولم يستطع القضاء وهو الذى يعيش فى غمار العمل أن ينتفع بها . لذلك لم يلبث القضاء الفرنسى أن خرج عليها خروجاً صريحاً ، فكسر الحواجز التى أقامتها هذه النظرية ما بين السبب والباعث ، وخلط بينهما خلطاً تاماً ، لا فى التبرعات فحسب ، بل فيها وفى سائر العقود . وقد أكسب القضاء نظرية السبب بهذا المنهج مرونة لم تكن لها ، وأصبحت النظرية فى يده منتجة نافعة لا غنى عنها[١] .

فالسبب فى نظرية القضاء هو الباعث الدافع الموجه (mobile impulsif et détermi-nant) للملتزم فى أن يلتزم . وما دامت الإرادة قد أصبحت حرة طليقة فى أن تنشىء ما تشاء من الالتزامات ، وما دامت الإرادة لا بد لها من باعث يدفعها ، فلا أقل من أن يشترط القانون أن يكون هذا الباعث مشروعاً ، وأن يكون الغرض الذى ترمى الإرادة إلى تحقيقه غرضاً لا يحرمه القانون ولا يتعارض مع النظام العام ولا يتنافى مع الآداب . وبواعث الإرادة كثيرة متنوعة ، منها الدافع وغير الدافع ، ومنها الرئيسى وغير الرئيسى ، فالباعث الدافع الرئيسى هو الذى يعتد به ، ومتى أمكن الكشف عنه وجب الوقوف عنده ، إذ يكون هو السبب . بهذا المنطق الصحيح شق القضاء طريقه إلى النظرية الحديثة[٢] ، وساير الفقهُ الحديث القضاءَ فى هذا الطريق[٣] .

---

(١) انظر فى المقابلة ما بين جمود النظرية التقليدية ومرونة النظرية الحديثة إلى بنكاز ملحق بودرى ٢ فقرة ٥٥٠ وفقرة ٦١٣ .

(٢) انظر فى تحليل القضاء إلى دابان فى نظرية السبب فقرة ١٥٢ — فقرة ١٦٥ .

(٣) ديموج ٢ فقرة ٧٤٦ ص٥٤٣ — ليفى أوللان فى مذكراته فى الالتزامات فى الربع الأول من=

وها نحن رجعنا ، بفضل ما عند القضاء من إحساس عملى ، إلى نظرية الفقهاء الكنسيين فى السبب . وهى النظرية الخصبة المنتجة التى انحرف عنها دوما إلى النظرية التقليدية ، فكان هذا الانحراف سبباً فى كل ما أحاط نظرية السبب من اضطراب وما أصابها من عقم طوال القرون الماضية[1] .

٢٨٣ — مرونة الباعث وكيف ينضبط : والباعث بالتحديد الذى أسنفناه أكثر مرونة من السبب فى النظرية التقليدية . ويكفى أن نعود إلى خصائص السبب ، نضعها إلى جانب خصائص الباعث ، لنرى النقيض إلى جانب النقيض . فقد قدمنا أن السبب معياره موضوعى وهو داخل فى العقد لا يتغير فى النوع الواحد من العقود ، أما الباعث فمعياره ذاتى وهو خارج عن العقد ويتغير من عقد إلى عقد بتغير المتعاقدين وما يدفعهم من البواعث وما دام الباعث على هذا القدر من الذاتية والانفصال والتغير ، كان من الواجب أن ينظر كيف ينضبط ، حتى لا يكون مثاراً للتزعزع والقلقلة فى التعامل .

ولا يجوز بداهة أن يعتد بالباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد إذا كان هذا

= القرن العشرين ص ٣٢٠ و ص ٣٢٨ — ص ٣٣٤ — بنكاز ملحق بودرى جزء ٢ فقرة ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦١١ — جوسران ٢ فقرة ١٤٨ .

(١) وليست نظرية الباعث خصبة فحسب فى نطاق القانون المدنى والقانون الخاص بوجه عام ، بل هى أيضاً خصبة فى نطاق القانون العام . فنظرية التعسف فى استعمال السلطة فى القانون الإدارى — وهى التى بنى على غرارها نظرية التعسف فى استعمال الحق فى القانون المدنى — إنما هى تطبيق لفكرة الباعث . فإذا كان الباعث للموظف الذى صدر منه القرار الإدارى غير مشروع ، كان القرار باطلا للتعسف فى استعمال السلطة .

وكما جاز أن يقال بالتعسف فى استعمال السلطة الإدارية تطبيقاً لفكرة الباعث ، ألا يجوز أن يقال بالتعسف فى استعمال السلطة التشريعية تطبيقاً للفكرة ذاتها ؟ فلا يكون العيب فى التشريع أن يكون مخالفاً للدستور فحسب ، كما يخالف القرار الإدارى القانون ، بل يجوز أيضاً أن يكون التشريع منطوياً على تعسف إذا هو مثلا مس حقوقاً مكتسبة لا ينبغى أن تمس ، أو إذا كانت تحت ستار أنه قاعدة عامة مجردة لم يتناول فى الواقع إلا حالة فردية ذاتية ؟ هذا أمر نكتفى بالإشارة إليه ، فليس هنا مكان البحث فيه . [انظر بحثاً للمؤلف فى مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية فى مجلة مجلس الدولة السنة الثالثة سنة ١٩٥٢] .

الباعث مجهولا من المتعاقد الآخر ، وإلا استطاع أى متعاقد أن يتخلص من التزاماته بدعوى أن الباعث له على التعاقد — وهو أمر مستكن فى خفايا الضمير — من شأنه أن يجعل العقد باطلا . فلا بد إذن من صلة وثيقة تربط كلا من المتعاقدين بالباعث ، ولا بد من ضابط يرجع إليه فى ذلك . وقد رأينا مثل هذا فى الغلط .

فما هو هذا الضابط ؟ أيكفى أن يكون الباعث معلوماً من الطرف الآخر ؟ أو يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ؟ أو يصح التوسط بين هذين الحدين ، فيشترط أن يكون الطرف الآخر مساهماً فى الباعث الذى دفع الطرف الأول إلى التعاقد ، دون أن يصل إلى حد الاتفاق معه عليه ، ودون أن يقف عند حد مجرد العلم به ؟

ونأتى بمثل يوضح هذه المراتب المتدرجة . شخص يقترض نقوداً من آخر ليقامر بها . فالمقرض قد يجهل الغرض الذى أخذ المقترض النقود من أجله ، وفى هذه الحالة لا يعتد بالباعث الذى دفع المقترض إلى التعاقد[1] . وقد يكون المقرض صديقاً للمقترض ، عالماً بغرضه ، دون أن يقصد بالإقراض تمكين المقترض من المقامرة ، وهذه هى مرتبة العلم . وقد يكون المقرض مرابياً يستثمر ماله فى إقراض المقامرين ، فيكون قد قصد إلى تمكين المقترض من المقامرة ، وهذه هى مرتبة المساهمة . وقد يكون المقرض هو الشخص الآخر الذى يقامر المقترض معه ، فيتفقان على القرض للاستمرار فى المقامرة ، وهذه هى مرتبة الاتفاق . فأية مرتبة من هذه المراتب الثلاث يتطلبها القانون حتى يعتد بالباعث ؟

رأينا كابيتان يقول بوجوب الوصول إلى مرتبة الاتفاق ، فلا يعتد بالباعث إلا إذا كان متفقاً عليه بين المتعاقدين ، والاتفاق وحده فى نظر كابيتان هو الذى يدخل الباعث

---

(١) ومع ذلك يعتد ريبير بالباعث حتى إذا انفرد به أحد المتعاقدين ولم يعلمه المتعاقد الآخر ، إغراقاً منه فى فكرته المأثورة من وجوب إخضاع التعامل لقواعد الآداب (القاعدة الأدبية فى الالتزامات فقرة ٣٥ ص ٢٦٥ .

فى دائرة التعاقد (dans le champ contractuel)[١] . ولا شك فى أن الفقيه الفرنسى الـكبير قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة فى السبب ، ولـكن دون أن يدخل فى نطاقها ، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط وجوب الاتفاق على الباعث فيما بين المتعاقدين . وإنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة .

أما القضاء الفرنسى فيكتفى بمرتبة العلم ، ويعتد بالباعث الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد ، ما دام المتعاقد الآخر يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث ، كما هى الحال فى الغلط . وسنرى بعد قليل تطبيقات مختلفة للقضاء الفرنسى تدور كلها فى هذا النطاق .

والفقه يميز بين المعاوضات والتبرعات ، فيتطلب فى الأولى مرتبة أعلى . ولـكن الفقهاء يختلفون فى تحديد هذه المرتبة .

فيذهب جوسران إلى أنه يكفى أن يكون البـاعث فى المعاوضات معلوماً من المتعاقد الآخر ، حتى يكون فى هذا وقاية للتعامل من أن يتزعزع . أما فى التبرعات فإن الإرادة التى نقف عندها هى إرادة المتبرع وحده ، فهى الإرادة التى تسيطر على التصرف ، سواء فى ذلك أن يتم التبرع بتقابل إرادتين كالهبة أو بإرادة واحدة كالوصية . وهو لذلك يعتد بالباعث الذى دفع المتبرع إلى تبرعه ، سواء كان معلوماً من الطرف الآخر أو كان مجهولا منه[٢] .

ويذهب بواجيزان (Bois-Juzan) إلى وجوب الوصـول إلى مرتبة المساهمة فى المعاوضات والاكتفاء بمرتبة العلم فى التبرعات . ذلك أن المعاوضات تختلف عن التبرعات فى أن الأولى يبذل فيها كل من المتعاوضين شيئاً من عنده ، فإرادة كل منهما تقوم بدور أساسى فى تكوين العقد . ومن ثم وجب أن تساهم كل إرادة من هاتين الإرادتين فى الباعث الذى دفع إلى التعاقد مساهمة إيجابية ، وأن تتعاون الإرادتان معاً فى تحقيق الغرض

---

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٧٤ فى الهامش — وانظر كابيتان فى السبب ص ٢٤٤ .

(٢) انظر جوسران فى البواعث (Les Mobiles) فقرة ١٥٩ ص ٢٠١ وفقرة ١٦٠ ص ٢٠٣ .

غير المشروع . أما فى التبرعات فإرادة المتبرع وحدها هى الأساسية ، إذ المتبرع وحده هو الذى بذل . ومن ثم جاز الاقتصار على هذه المرتبة السلبية وهى مرتبة العلم ، فهى كافية لاستقرار التعامل[١] .

وإذا كان الذى يعنينا فى انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل ، فالقضاء الفرنسى على حق فيما ذهب إليه من الاكتفاء بمرتبة العلم ، سواء كان التصرف تبرعاً أو معاوضة .

٢٨٤ — **تطبيقات مقتبسة من القضاء الفرنسى** : نستعرض للقضاء الفرنسى بعض تطبيقات للسبب مفهوماً بمعنى الباعث الذى دفع إلى التعاقد ، مرجئين القضاء المصرى إلى الكلام فى نظرية السبب فى التقنين المدنى الجديد . ونتبع فى هذا الاستعراض التقسيم الثلاثى المعروف للتصرفات إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود عينية وتبرعات

ففى العقود الملزمة للجانبين ، كثيراً ما يبطل القضاء فى فرنسا عقوداً يكون الباعث إلى التعاقد فيها غير مشروع ، وإن كان السبب ، بالمعنى الذى تقول به النظرية التقليدية ، مشروعاً فى هذه العقود . فالبيع أو الإيجار . إذا وقع أى منهما على منزل يريد المشترى أو المستأجر إدارته للعهارة ، وكان البائع أو المؤجر عالماً بقصد المشترى أو المستأجر ، يكون باطلا طبقاً لأحكام القضاء الفرنسى . وقد أراد بعض الفقهاء التمييز بين فرضين : (١) منزل معد للعهارة يباع أو يؤجر بعد إعداده ، فيعتبر متجراً (fonds de commerce) لا مجرد مكان ، وفى هذه الحالة يكون البيع أو الإيجار باطلا لعدم مشروعية السبب وعدم مشروعية المحل معاً . (٢) ومنزل يباع أو يؤجر قبل أن يعد للعهارة ، باعتبار أنه مكان لا متجر ، ولو كان قصد المشترى أو المستأجر أن يديره للعهارة ، وفى هذه الحالة لا يكون العقد باطلا طبقاً للنظرية التقليدية التى تميز بين السبب والباعث[٢] . ولكن القضاء الفرنسى

---

(١) انظر بواجيزان (Bois-Juzan) فى السبب فى القانون الفرنسى ص ٥٧٣ — ص ٥٨٠ .

(٢) لوران ٢٥ فقرة ٦٥ — بودرى وفال ١ فقرة ١٠٧ .

لم يأخذ بهذا التمييز ، فهو يبطل العقد فى الفرضين ، جاعلا السبب هو الباعث ، جرياً على النظرية التى يأخذ بها[١] . ويفعـل القضاء الفرنسى ذلك أيضاً فى الأماكن التى تدار للمقامرة ، فبيع أو إيجار مبنى يراد به أن يكون مكاناً للمقامرة باطل[٢] .

وفى العقود العينية ، يبطل القضاء الفرنسى قرضاً يكون قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة ويكون المقرض عالماً بهذا القصد ، سواء كان مشتركا معه فى المقامرة أو لم يكن ، وسواء كان يفيد من هذه المقامرة أو لم يكن يفيد[٣] . ويبطل القرض أيضاً إذا كان الغرض منه أن يتمكن المقترض من الحصول على منزل يديره للعهارة[٤] ، أو أن يستبقى صلات غير شريفة تربطه بخليلة له[٥] . وكالقرض رهن الحيازة[٦] .

أما فى التبرعات فقد كان القضاء الفرنسى أشد إمعاناً فى جعل الباعث هو السبب . ولم يقف عند نية التبرع ، بل اعتد بالباعث على التبرع ، ونقب عن العوامل النفسية التى

---

(١) انظر كتاب الإيجار للمؤلف فقرة ١١٣ ص ١٥٧ — وانظر أيضاً كابيتان فى السبب فقرة ١١٠ — ومن الأحكام الفرنسية التى قضت ببطلان عقد الإيجار إذا كان المستأجر قد قصـد إدارة العين المؤجرة للعهارة : محكمة ليون الاستئنافية فى ١٠ يولية سنة ١٨٦٢ سيريه ٦٣ — ٢ — ١٦٥ — محكمة باريس الاستئنافية فى ٢٦ ديسمبر سـنة ١٨٩٩ جازيت دى باليه ١٩٠٠ — ١ — ١٣٢ . وهناك أحكام قضت ببطلان عقد الاستخدام فى محل يدار للعهارة : محكمة النقض الفرنسـية فى ١١ نوفبر سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٤٨٤ . وأحكام قضت ببطلان عقد بيع مفروشات لمحل يدار للعهارة : محكمة السين التجارية فى أول مايو سـنة ١٨٨٨ جازيت دى باليه ٨٨ — ١ — ٧٩٧ . وأحكام قضت ببطلان بيع مشروبات اشتراها مرشح فى الانتخاب لتقديمها إلى الناخبين حتى يحملهم على انتخابه وكان بائع المشروبات يعرف قصد المشترى : محكمة تارب (Tarbes) الابتدائية فى ١٤ مارس سنة ١٨٩٩ داللوز ١٩٠٤ — ٢ — ٢٠١ .

(٢) محكمة بو الاستئنافية فى ٢٨ يونية سـنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٧ — ٢ — ٦١ (متجر) — محكمة نيس الابتدائية فى ١٨ نوفبر سـنة ١٩٠٩ جازيت دى تريبنو ١٩١٠ — ١ — ١١٩ (مجرد مكان) .

(٣) نقض فرنسى فى ٤ يولية سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٥٠٠ .

(٤) نقض فرنسى فى أول أبريل سنة ١٨٩٥ سيريه ٩٦ — ١ — ٢٨٩ .

(٥) نقض فرنسى فى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ١٧٢ .

(٦) انظر مذكرات الأستاذ ليفى أولمان فى الالتزامات فى الربع الأول من القرن العشرين ص٣٢٧ .

دفعت المتبرع إلى التجرد عن ماله دون مقابل ، أكان يريد الخير فى ذاته ، أم يريد مصلحة خاصة مشروعة ، أم يرمى إلى غرض غير مشروع . فإذا تبين أن البـاعث الذى دفع إلى التبرع غير شريف أو غير مشروع أبطل التبرع . والتطبيقات على هذا المبدأ كثيرة متنوعة نذكر أهمها : (أولا) التبرع لولد غير شرعى : يقضى القانون المدنى الفرنسى بأن يكون نصيب الولد غير الشرعى فى مال أبويه ، تبرعاً أو ميراثاً ، محصوراً فى حدود ضيقة . فإذا زاد التبرع على الحد المفروض كان الإنقاص إلى هذا الحد واجباً .

أما إذا كانت البنوة غير الشرعية ليست ثابتة قانوناً ، فالتبرع جائز ولو زاد على الحد ، مادام لم يثبت أن التبرع قد كان لولد غير شرعى . ولـكن القضاء الفرنسى يبطل التبرع إذا ظهر أن الباعث للمتبرع على تبرعه هى علاقة بنوة غير شرعية ، فيجعل الباعث هو السبب ، ولا يكتفى بإنقاص التبرع إلى الحد الجائز ، بل يبطله جميعه[1] . (ثانياً) تبرع الخليل لخليلته : ويبطل القضاء الفرنسى تبرع الخليل لخليلته إذا ثبت أن الباعث على هذا التبرع قد كان لإيجاد هذه العلاقة غير الشريفـــة أو لاستبقائها أو لإعادتها[1]. أما إذا كان الباعث على التبرع إنما هو تعويض الخليلة عما أصابها من الضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت ، فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً ، بل هو فى الواقع يعتبر وفاء لالتزام طبيعى[2] . وقد سبق بيان ذلك عند الـكلام فى محل الالتزام المخـــالف للآداب . (ثالثاً) تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على أن تنفصل عنه انفصالا ودياً : انفصال الزوجة عن زوجها (séparation des corps) فى القانون الفرنسى لا يكون إلا بعد اتباع إجراءات خاصة نص عليها هذا القانون ، أو يكون بالطلاق . وفيما عدا هاتين

---

(١) نقض فرنسى فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٧٦ داللوز ٧٧ — ١ — ٤٩٢ — وفى ٢٩ يونية سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ — ١ — ٣٥٨ .

(٢) نقض فرنسى فى ٨ يولية سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٧ — ١ — ٢٩٤ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٢٦ : داللوز ١٩٢٧ — ١ — ١١٣ .

(٣) نقض فرنسى فى ١١ مارس سنة ١٩١٨ سيريه ١٩١٨ — ١ — ١٧٠ .

الحالتين فالاتفاق ما بين الزوجين على أن ينفصل أحدهما عن الآخر (séparation de fait) دون اتباع الإجراءات المرسومة لذلك يكون غير مشروع . فإذا تبرع الزوج لزوجته حتى يحملها على الرضاء بهذا الانفصال الودى يكون سبب تبرعه ، أو الباعث عليه ، غير مشروع ويبطل التبرع[1] . (رابعاً) التبرع المقرون بشرط : إذا اقترن التبرع بشرط غير مشروع بطل الشرط ، وبقى التبرع ، وهذا ما تنص عليه المادة ٩٠٠ من القانون المدنى الفرنسى . إلا أن القضاء الفرنسى قيد من هذا الحكم بفضل نظريته فى السبب . فقد ميز فى الشرط الذى يقترن به التبرع بين شرط دافع وشرط غير دافع ، فالثانى وحده هو الذى يطبق عليه نص المادة ٩٠٠ ويبطل إذا كان غير مشروع مع بقاء التبرع قائماً . أما الشرط الدافع إلى التبرع . أى الباعث على هذا التبرع ، فقد اعتبره القضاء سبباً لالتزام المتبرع ، ويترتب على ذلك أنه إذا كان غير مشروع ، فإن التبرع جميعه يكون باطلا ، ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط[2] .

§ ٣ — التصرف المجرد[3]

(L'acte abstraitt)

٢٨٥ — التصرف المسبب والتصرف المجرد : قدمنا أن السبب ركن من أركان الالتزام ، لا يقوم الالتزام إلا به ، على فرق ما بين معنى السبب فى النظرية التقليدية ومعناه فى النظرية الحديثة . وقد كان القانون الرومانى لا يعتد بالسبب ولا بالإرادة ذاتها فى العقود

---

(١) نقض فرنسى فى ٢ يناير سنة ١٩٠٧ داللوز ١٩٠٧ — ١ — ١٣٧ .

(٢) نقض فرنسى فى ١٧ يولية سنة ١٨٨٣ سيريه ٨٤ — ١ — ٣٠٥ — وفى ٨ مايو سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٢ — ١ — ٢٢٠ — وفى ٢٣ يولية سنة ١٩١٣ داللوز ١٩١٥ — ١ — ٤٩ — وفى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٢ داللوز ١٩٢٢ — ١ — ٢٣٩ .

(٣) [بعض المراجع : أوزيا (Osias) : رسالة من باريس ١٩٢٤ — محمود أبو عافية : رسالة من القاهرة ١٩٤٧ — دى باج جـ ٢ بند ٤٧٩ مكرر ص ٤٥١ وما بعدها — وبحثه عن الالتزام المجرد فى القانون الخاص والمقارن (بروكسل ١٩٥٧) — الدكتور حشمت أبو ستيت بند ٢٢٣ ص ٢١٨ — الدكتور عبد الحى حجازى طبعة ١٩٦٢ بند ١٨٣ ص ٢٧٥] .

الشكلية . ثم انتصر مذهب الرضائية فى القرون الوسطى على يد الكنسيين ، فأصبحت الإرادة وحدها — مجردة من الشكل — ملزمة . ولكن الإرادة إذا كانت من جهة قد تجردت من الشكل فتحللت من هذا القيد ، فهى من جهة أخرى قد اقترنت بالسبب فاستبدلت قيد السبب بقيد الشكل .

أما الإرادة مجردة من الشكل ومن السبب معاً فلا يمكن أن يسلم بها كقاعدة فى قوانين تأخذ بالإرادة الباطنة كالقوانين اللاتينية . فإن الأخذ بالإرادة الباطنة معناه أن تحرر الإرادة من عيوبها وأن تقترن بسببها . ولكن الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة ، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذى حرك هذه الإرادة ، ولا يبقى فى مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة ، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد .

وهناك فائدة كبيرة من تجريد الإرادة الظاهرة على هذا النحو ، إذ بهذا التجريد يصبح التصرف غير قابل للابطال لا من طريق عيوب الإرادة ولا من طريق عيوب السبب . فالدائن فى التصرف المجرد يستطيع أن يتمسك بحقه دون أن يستطيع المدين الدفع بإبطال التصرف لعيب فى الإرادة أو لعيب فى السبب . وكل ما يستطيع المدين هو أن يرجع بدعوى الإثراء على دائنه ، فيدفع دعواه إذا لم يكن قد وفى الدين ، أو يسترد ما دفع إذا كان قد وفى . ومن ثم يكون التصرف المجرد أداة قوية من أدوات الائتمان ، تشتد حاجة التعامل إليها كلما اشتدت الحاجة إلى الاستقرار . وإذا كان التعامل يتنازعه عاملان ، عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار ، فإن التصرف المسبب يستجيب للعامل الأول ، ويستجيب التصرف المجرد للعامل الثانى . ومنذ انتكصت الشكلية فى العقود وساد مذهب الرضائية ؛ انتصر عامل الإرادة على عامل الاستقرار ، ولم يستطع عامل الاستقرار أن يسترد ما فقد إلا بظهور التصرف المجرد ففيه ينتصر على الإرادة كما رأينا . ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلى إلى تصرف رضائى ، ثم من تصرف رضائى إلى تصرف مجرد ، تطوراً

تعاقب فيه عاملا الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة ، كان الظفر فى كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر . ومن هنا أيضاً كان التصرف المجرد رجوعاً مهذباً إلى التصرف الشكلى ، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلى يستجيب إليه فى جمعية بدائية ، ويستجيب إليه التصرف المجرد فى جمعية متحضرة .

على أن التصرف المجرد — على شدة الحاجة إليه فى استقرار التعامل وبخاصة إذا تقدمت التجارة وتشعبت سبلها واحتيج إلى أدوات ائتمان ثابتة — لم يظفر من القوانين اللاتينية ، وهى التى تأخذ بالإرادة الباطنة ، إلا بمكان ضيق محدود . وعلى النقيض من ذلك ظفر التصرف المجرد فى القوانين الجرمانية ، وهى التى تأخذ بالإرادة الظاهرة ، بمكان رحب سما فيه إلى مرتبة القاعدة . ولا غرابة فى ذلك ، فقد بينا أن التصرف المجرد يتمشى مع الإرادة الظاهرة التى تأخذ بها القوانين الجرمانية[1] . ويتعارض مع الإرادة الباطنة التى تأخذ بها القوانين اللاتينية .

ويبقى أن نستعرض حظ التصرف المجرد فى كل من القوانين الجرمانية والقوانين اللاتينية ويدخل القانون المصرى فى هذه القوانين الأخيرة .

---

(١) يفسر الدكتور أبو عافية — فى رسالته « التصرف المجرد » القاهرة سنة ١٩٤٧ — التصرف المجرد على أساس الإرادة الظاهرة . وعنده أن التصرف المجرد هو التصرف الذى يصح بغض النظر عن اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة (فقرة ٨٤ من الرسالة المشار إليها) . ويرتب على ذلك أن التصرف المجرد « نظام استثنائى خارج على القواعد العامة » ، ولا فرق فى ذلك بين القانون الألمانى والقانونين المصرى والفرنسى » (فقرة ٨٥) . ويرفض أن يكون المعيار فى التصرف المجرد هو تجرده عن السبب ، ويذهب إلى أن المعيار هو تجرد التصرف عن الإرادة الباطنة ليتمحض إرادة ظاهرة .

ونلاحظ على هذا المذهب أن التصرف المجرد وهو يتجرد عن الإرادة الباطنة يتجرد فى الوقت ذاته عن السبب ، وذلك سواء اعتبر السبب عنصراً مستقلا عن الإرادة الباطنة كما هى الحال فى القوانين اللاتينية ، أو اعتبر عنصراً غير مستقل عن الإرادة الباطنة وعد من مقومات هذه الإرادة كما هى الحال فى القانون الألمانى . فالتصرف المجرد يتميز فى جميع الأحوال بتجرده عن السبب . على أن المذهب الذى يقول به الدكتور أبو عافية يضيف شيئاً جديداً ، هو أن التصرف المجرد يتميز لا بتجرده عن السبب فحسب ، بل أيضاً بتجرده عن الإرادة الباطنة ذاتها .

٢٨٦ — التصرف المجرد في القوانين الجرمانية : لا نجد فى التقنينات الجرمانية نصوصاً تعرض لنظرية السبب عرضاً مباشراً كما تفعل التقنينات اللاتينية . فالتقنين النمساوى لا يشير إلى السبب إلا فى المادة ٩٠١ ليقرر أن الباعث لا أثر له فى صحة عقود المعاوضات إلا إذا جعل منه المتعاقدان شرطاً صريحاً لصحة العقد . والتقنين الألمانى لا يعرض للنظرية بنص صريح . وتقنين الالتزامات السويسرى لا يعرض لها إلا فى صورة عرضية عندما ينص فى المادة ١٧ على أن الاعتراف بالدين صحيح حتى لو لم يذكر سببه . ويعلل ذلك عادة بأن هذه التقنينات تأثرت بالقانون الرومانى ، وهذا القانون كما رأينا لا يفسح مجالا واسعاً لنظرية السبب إذ أن فكرة السبب فيه فكرة مادية لا تتبين لها نتائج عملية إلا فى نطاق محدود ، وبخاصه فى نطاق دعاوى الإثراء . ولكن بالرغم من أن هذه التقنينات لا تنص على نظرية السبب نرى التصرفات فيها نوعين : النوع الأول هو التصرفات المسببة (Kausale Rechtsgeschaefte) وهى أغلب التصرفات المدنية وفيها السبب ركن يجب أن تتوافر فيه شروطه المعروفة فيكون صحيحاً مشروعاً ، والنوع الثانى هو التصرفات المجردة (Abstrakte Rechtsgeschaefte) لا يعتد فيها بالسبب ولا بعيوب الإرادة وقد وضعت لها قواعد عامة سيأتى بيانها .

فالسبب لا يزال إذن موجوداً فى القوانين الجرمانية ، ولكنه سبب بالمعنى المفهوم فى النظرية التقليدية يراد به الغرض الموضوعى المباشر من التعاقد تمييزاً له عن الباعث ، ويشترط فيه أن يكون صحيحاً مشروعاً وإلا بطل العقد . أما الباعث فلا أثر له فى صحة العقد ولو كان هو الذى دفع إلى التعاقد[١] .

---

(١) انظر كابيتان فى السبب فقرة ٨٣ — فقرة ٨٤ وبنوع خاص ص ١٨١ — ص ١٨٢ . ويستعرض الدكتور أبو عافية فى رسالته المشار إليها (فقرة ٤١ وما بعدها) نظرية السبب فى القانون الألمانى من ناحيتى التصرف المجرد ومبدأ الإثراء بلا سبب . فيبدأ بتحديد ما يسميه الألمان « الإضافة إلى الذمة » (Vermogenszuwendug) ، وهى عبارة عن منفعة مالية أو إثراء يتحقق لصالح شخص بمقتضى عمل إرادى مشروع (تصرف قانونى أو عمل مادى) يصدر من المفتقر . وسبب « الإضافة إلى الذمة » هو عبارة عن الغرض المباشر الذى يرمى إلى تحقيقه المضيف للذمة . ويحدد هذا السبب وفقاً للفقه الألمانى على =

وإلى جانب التصرفات المسببة توجد التصرفات المجردة ، وقد أفسح لها مجال واسع كما قدمنا . وهى طائفتان : طائفة عقود انتقال الملكية وطائفة العقود المنشئة للالتزامات .

فالأولى تنتقل بها الملكية — والحق العينى بوجه عام — دون اعتبار للسبب . ذلك أن الملكية فى هذه التقنينات لا تنتقل بمجرد نشوء الالتزام بنقلها ، بل لا بد من تنفيذ هذا الالتزام بطريق عقد آخر هو عقد انتقال الملكية ، فيذهب المتعاقدان إلى المكتب العقارى ويعلنان اتفاقهما ويسجلان هذا الاتفاق فى السجل العقارى (Livre Foncier) وعقد انتقال الملكية ، فى القانون الألمانى بنوع خاص ، عقد مجرد ، تنتقل به الملكية سواء كان العقد المنشىء للالتزام بنقلها صحيحاً أو معيباً . وإذا اتضح بعد ذلك أن العقد كان معيباً وأن الملكية انتقلت دون سبب ، فليس لمن خرج عنها إلا الرجوع بدعوى شخصية على من تلقاها هى دعوى الإثراء بلا سبب . وبذلك يتوافر لهذا العقد مزية الاستقرار والثبات . فما على الشخص حتى يتثبت أنه يتعامل مع مالك العقار إلا أن يرجع إلى السجل العقارى ، فمن كان إسمه مسجلا فيه كان هو المالك ، ولو كان فى ذلك تضحية للمالك الحقيقى — أما التقنين السويسرى فلا يحمى الغير الذى اعتمد على السجل العقارى إلا إذا

= أساس تقسيم ثلاثى للسبب موروث عن دعاوى الإثراء فى القانون الرومانى ، يكون السبب بمقتضاه إما الوفاء (causa solvendi) أو الإدانة (causa credendi) أو التبرع (causa donandi) . والإدانة هى التصرف بمقابل ، وهذا المقابل إما أن يكون موضوعه استرداد ما أعطاه المضيف أو استرداد قيمته كما فى القرض وفى الوكالة ، وإما أن يكون موضوعه شيئاً آخر يحدد بالاتفاق كما فى العقود الملزمة للجانبين فالبائع يحصل على دين بالثمن فى مقابل التزامه بنقل ملكية المبيع . ولا يختلط سبب الإضافة إلى الذمة بالباعث عليها . ويلاحظ الفقيه الألمانى فون تور أنه « لا يجب الخلط بين السبب القانونى والأغراض البعيدة التى يرمى إليها المضيف ، أى البواعث (Beweggrunde) التى تدفعه إلى تنفيذ التزامه أو إلى الحصول على مقابل أو إلى الهبة فوراء كل سبب قانونى بواعث تختلف باختلاف الأحوال . فالهبة مثلا قد تم بناء على عطف أو بسبب الرأى العام ، ولكن هذه البواعث لا تدخل فى حسابنا كقاعدة عامة لتقدير وجود الإضافة ونتائجها القانونية إلا إذا كانت قد اشترطت فى التصرف القانونى » . وسنعود إلى هذه المسألة مرة أخرى عند الكلام فى الإثراء بلا سبب وتحديد معنى السبب فى الإثراء فى القانون الألمانى . ويكفينا هنا أن نشير إلى التقارب الواضح بين معنى السبب فى النظرية التقليدية ومعنى سبب الإضافة إلى الذمة فى الفقه الألمانى .

انظر أيضاً فى نظرية مادية للسبب فى الفقه الإيطالى ، على أساس أن السبب يرتبط بإرادة القانون لا بإرادة الأفراد وباعتبار أن لكل تصرف وظيفة قانونية فهذه الوظيفة هى السبب ، إلى رسالة الدكتور أبو عافية المشار إليها فقرة ٣٦ .

كان حسن النية (م ٩٧٣ من التقنين المدنى السويسرى) . ومن ثم نرى أن التجريد يحتمل التدرج . وتأييداً لذلك نسوق مثلا آخر نأتى به من القانون المصرى . فقد قضت المادة ١٥ من قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بتنظيم الشهر العقارى بوجوب تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية أو التأشير بها ، ويترتب على هذا التسجيل أو التأشير أن حق المدعى إذا تقرر بحكم يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها ، ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما . ويتبين من ذلك أن من يتعامل مع غير المالك فى عقار وهو حسن النية ، ويسجل عقده قبل أن يسجل المالك دعوى الاستحقاق ، يفضل على المالك وتخلص له ملكية العقار ، والقاعدة كما نرى تنطوى على ضرب من التجريد .

والطائفة الأخرى من التصرفات المجردة عقود منشئة للالتزامات . وتشمل : (أولا) حالات معينة بذاتها ، منصوصاً عليها . وهى — عدا الأوراق التجارية والسندات — حوالة الحق وحوالة الدين والتنازل عن الحق الشخصى والإنابة فى الوفاء . وفى هذه الحالات يكون العقد مجرداً على النحو الذى رأيناه فى عقود انتقال الملكية . فيتم نقل الحق أو الدين ويتحقق التنازل عن الحق الشخصى دون اعتبار للسبب فى هذه الحوالة أو فى هذا التنازل ، فإذا تبين أن السبب غير موجود أو غير مشروع فليس ثمة إلا الرجوع بدعوى الإثراء . كذلك التزام المناب للمناب لديه بالوفاء التزام مجرد عن السبب ، فلا يستطيع المناب أن يحتج على المناب لديه بما كان له أن يحتج به من دفوع ضد المنيب (أنظر فى التقنين الألمانى : م ٣٩٨ وم ٤١٣ لحوالة الحق ، وم ٤١٤ وما بعدها لحوالة الدين ، وم ٣٩٧ للتنازل عن الحق الشخصى ، وم ٧٨٤ للانابة فى الوفاء — وانظر فى تقنين الالتزامات السويسرى : م ١٦٤ وما بعدها لحوالة الحق ، وم ١٧٩ فقرة ثالثة لحوالة الدين ، وم ١١٥ للتنازل عن الحق الشخصى ، وم ٤٦٨ للانابة فى الوفاء) . (ثانياً) التعهد المجرد بالوفاء

(promesse abstraite de payer) والاعتراف المجرد بالدين (reconnaissance abstraite de dette) ، وهما الصورتان العامتان للتصرف المجرد . فتضع التقنينات الجرمانية هنا قاعدة عامة للتصرف المجرد ، وتجيز أن يتفق الدائن مع مدينه على أن يكون التزام المدين أو اعترافه بالدين مجرداً . فيوجد الالتزام فى ذمته منفصلا عن السبب ، ويقوم هذا الالتزام حتى لو كان السبب غير موجود أو غير مشروع . وليس للمدين إلا دعوى الإثراء إزاء الدائن إذا تبين أن التزامه لم يكن مبنياً على سبب صحيح ، فيتخلص بذلك من التزام موجود أو يسترد ما دفعه وفاء لهذا الالتزام[1] . واشترطت المادة ٧٨٠ من التقنين الألمانى لصحة الالتزام المجرد أن يكون فى ورقة مكتوبة ، إلا إذا كان تصفية لحساب أو عن صلح فلا تشترط الكتابة ولا يشترط التقنين السويسرى الكتابة إطلاقاً (م ١٧)[2] .

٢٨٧ — التصرف المجرد فى القوانين اللاتينية وفى القانون المصرى : أما القوانين اللاتينية ، وهى مشبعة بنظرية السبب كما رأينا ، فلا تسلم بالتصرف المجرد . أو هى على الأقل لا تضع له قاعدة عامة كما فعلت التقنينات الجرمانية . وإذا كان هناك نص فى كل من التقنينين المصرى والفرنسى يقضى بقيام الالتزام ولو لم يذكر سببه (م ١٣٧ من التقنين المصرى الجديد و م ١١٣٢ من التقنين الفرنسى) ، فسنرى أن هذا النص لا يعرض إلا لمسألة من مسائل الإثبات ليلقى عبء الإثبات فى السبب على عاتق المدين . وهناك فرق بين التزام مسبب ، يلقى على المدين فيه عبء إثبات انعدام السبب ، والتزام

---

(١) وقد عبد الطريق أمام التقنين الألمانى فى إجازة الالتزام المجرد أن المؤتمر التاسع لفقهاء الألمان ، تحت تأثير إهرنج الفقيه الألمانى المعروف ، أقر هذا الضرب من الالتزام .

(٢) انظر فى موضوع التصرف المجرد فى القوانين الجرمانية كابيتان فى السبب فقرة ٨٥ — فقرة ٨٦ وفقرة ١٦٥ — فقرة ١٧٤ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٢٦٠ — فقرة ٢٦٦ — مذكرات الأستاذ ليفى أولمان ص ٣٦١ — ص ٣٦٤ — فيفورنو فقرة ١٢٨ — ديموج ١ فقرة ٩١ و ٢ فقرة ٨٤٧ . ويربط ديموج نظرية الالتزام المجرد بنظرية الإرادة الظاهرة كما فعل الدكتور أبو عافية فى رسالته المشار إليها ، فما دمنا نأخذ بالإرادة الظاهرة كما هى فلا شأن لنا بالغاية التى تسعى إليها هذه الإرادة ولا بالباعث الذى حركها (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٠) .

مجرد عن السبب . فالتزام الأول ، إذا أثبت المدين أنه لا يقوم على سبب مشروع ، يكون العقد فيه باطلا . أما فى الالتزام الثانى ، وهو الالتزام المجرد ، فيبقى العقد صحيحاً حتى لو أثبت المدين انعدام السبب أو عدم مشروعيته ، وليس أمام هذا إلا دعوى الإثراء كما سبق القول .

فالالتزام فى القوانين اللاتينية هو إذن التزام مسبب . على أن هذه القوانين تقر الالتزام المجرد فى حالات معينة منصوص عليها بذاتها ، وهى قليلة العدد . وقد نص التقنين التجارى — حيث تشتد الحاجة للالتزام المجرد لاستقرار التعامل وسرعته — على عدد منها ، هى الكمبيالات والسندات تحت الإذن والسندات لحاملها . أما التقنين المدنى فقد نص على حالتين : التزام المناب فى الوفاء نحو المناب لديه والتزام الكفيل نحو الدائن [1] .

ونقتصر هنا على ما ورد فى هذا الصدد فى التقنين المدنى المصرى الجديد . فقد نصت المادة ٣٦١ على أن يكون «التزام المناب قبل المناب لديه صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلا أو كان هذا الالتزام خاضعاً لدفع من الدفوع ، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » [2] . أما فى الكفالة فللكفيل أن يتمسك

---

(١) [ويشير الدكتور عبد الحى حجازى إلى تطبيق جديد للالتزام المجرد وهو التزام شركات التأمين بالوفاء فى حالة التأمين الإجبارى من المسئولية عن حوادث السيارات (المقرر بالقانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥) — انظر حجازى طبعة ١٩٦٢ ص ٢٨٦ بند ١٩٠] .

(٢) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٨ — وفى ٤ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٠١ — وفى ١٧ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩١ — وقارن حكماً لمحكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦١ قصرت فيه هذه القاعدة على الإنابة الكاملة دون الإنابة غير الكاملة (وهى التى لا تنطوى على تجديد الدين) . أما القانون الجديد الجديد فنصه هو كما رأينا عام مطلق لا يميز بين الإنابة الكاملة والإنابة غير الكاملة . أنظر أيضاً الدكتور أبو عافية فى التصرف المجرد فقرة ٦٢ .

ويذهب الدكتور أبو عافية (التصرف المجرد فقرة ٦١) إلى أن المناب لا يجوز له أيضاً أن يتمسك بالدفوع التى تكون للمنيب قبل المناب لديه ، فلو دفع المنيب الدين للمناب لديه فإن هذا لا يمنع المناب لديه أن يطالب المناب بالدين الذى التزم به ، ويرجع المنيب فى هذه الحالة بدعوى الإثراء على المناب لديه . ونرى ، =

بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين (م ٧٨٢ مدنى جديد) ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لا يتأثر بالعلاقة ما بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل أن يتمسك ضد الدائن بالدفوع التي له أن يتمسك بها ضد المدين ، فإذا كفل الكفيل المدين فى نظير أن يوفى المدين ديناً آخر عليه مضموناً برهن يثقل عقار الكفيل ، ولم يوف المدين بهذا الدين الآخر ، فإن التزام الكفيل نحو الدائن يبقى قائماً ، ولا يجوز للكفيل أن يدفع دعوى الدائن بأن المدين لم يوف بما تعهد به من تخليص عقار الكفيل من الرهن(١).

ويتبين مما قدمناه أن القانون المصرى قد انحاز انحيازاً تاماً إلى القوانين اللاتينية ، وبقى فى حظيرتها كما أسلفنا الإشارة : فاشترط فى التصرفات أن تكون مسببة ، ولم يسلم بالتصرف المجرد إلا فى حالات معينة بذواتها(٢).

= مع محكمة الاستئناف المختلطة (أول ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٧٨) التي انتقد الدكتور أبو عافية حكمها ، أن المنيب إذا دفع الدين للمناب لديه كان هذا رجوعاً فى الإنابة يستطيع المناب أن يتمسك به ، فإذا طالب المناب لديه بعد ذلك المناب بالدين ، جاز لهذا أن يدفع المطالبة بانقضاء الدين ، وليس فى نص المادة ٣٦١ من القانون الجديد ما يحول دون هذا الدفع . ولكن إذا حول المناب لديه حقه قبل المناب إلى أجنبى ، بقى التزام المناب مجرداً بالنسبة إلى هذا الأجنبى — ذلك أن التصرف المجرد إرادة ظاهرة تجردت عن الإرادة الحقيقية وعن السبب ، وفقاً لما يقضى به القانون لمصلحة يتوخاها . فالقانون هو الذى يمسك بزمام التجريد ، فلا يبيحه إلا لضرورة ، وبقدر هذه الضرورة . ومن ثم تدرج التجريد تبعاً للقدر الذى تقتضيه الضرورة ، وفى المثال السابق يزول التجريد بالنسبة إلى المناب لديه لأن الضرورة لا تقتضيه ، ويبقى بالنسبة إلى الأجنبى لأن الضرورة تستوجب بقاءه .

(١) أنظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٠ — الدكتور أبو عافية فى التصرف المجرد فقرة ٥٩ — فقرة ٦٠ .

(٢) ويلاحظ أن الشرائع التي تأخذ بالإرادة الظاهرة يغلب ألا تفسح مجالا واسعاً لنظرية السبب ، وتكون فكرة السبب عندها فكرة مادية . وتقر التصرف المجرد . رأينا ذلك فى القوانين الجرمانية ، ونقول الآن كلمة موجزة عن الشريعة الإسلامية وعن القانون الإنجليزى .

فالشريعة الإسلامية تأخذ بالإرادة الظاهرة إلى مدى بعيد . ويظهر أن هذا هو الذى منع من تقدم نظرية السبب فيها مع أنها شريعة مشبعة بالروح الدينية والخلقية كالقانون الكنسى الذى هو المصدر الأول لنظرية السبب الحديثة . وإذا أمكن أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامى نظرية للسبب ، فهذه النظرية لا يمكن إلا أن تكون نظرية مادية . ويستطيع الباحث أن يستخلص من نصوص الفقه الإسلامى التمييز ما بين الغرض المباشر الذى قصد المتعاقدان الحصول عليه من العقد وبين الباعث له على التعاقد . فالباعث لا أثر له فى صحة العقد إلا إذا ذكر صراحة وأصبح جزءاً من الاتفاق (أنظر بحثاً فى هذه المسألة فى نظرية العقد =

المطلب الثالث

نظرية السبب في التقنين المدني المصري الجديد

٢٨٨ — مسائل ثلاث : تلقى التقنين الجديد النظرية الحديثة في السبب ميراثاً عن التقنين القديم والقضاء المصري ، فقد كان الفقه والقضاء في مصر ، قبل صدور التقنين الجديد ، قد عبدا الطريق لنبذ النظرية التقليدية الضيقة وتلقي النظرية الحديثة الخصبة . ولكن التقنين الجديد خطا خطوة أخرى إلى الأمام ، إذ أرجع السبب سيرته الأولى عندما كان في يد الفقهاء الكنسيين عاملا لحماية المشروعية قبل أن يكون عاملا لتحصين الإرادة من عيوبها . ففصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط ، واقتصر في شروط السبب على المشروعية دون الصحة . ثم عرض في نص هام لإثبات السبب .

فنحن نستعرض هنا مسائل ثلاثاً :

١ — اعتناق التقنين الجديد للنظرية الحديثة في السبب .

٢ — الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط في القانون الجديد .

٣ — إثبات السبب .

= للمؤلف فقرة ٥٦٢) . وانظر بحثاً مفصلا في نظرية السبب في الفقه الإسلامي في مذاهبه الأربعة في مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف الجزء الأول سنة ١٩٥٧ .

والقانون الإنجليزي كالشريعة الإسلامية نظرية السبب فيه نظرية مادية ، والعقود عنده إما شكلية وهذه يكفي في صحتها الشكل وحده ، وإما رضائية وهذه لابد فيها من وجود اعتبار (consideration) وهو ما يقابل السبب بالمعنى المفهوم من النظرية التقليدية ، أي السبب المادي الداخلي الذي لا يتغير . ويختلف « الاعتبار » عن « السبب » في أمرين : (١) الفكرة في الاعتبار ليست هي الغنم الذي حصل عليه الملتزم من وراء التزامه كما هو الأمر في السبب ، بل هو الغرم الذي تحمله الدائن حتى يحصل على التزام المدين (٢) نية التبرع لا تصلح « اعتباراً » في القانون الإنجليزي وتصلح « سبباً » في النظرية التقليدية . ومن هنا كانت عقود التبرع في القانون الإنجليزي شكلية لخلوها من « الاعتبار » (نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦١) .

§ ١ — اعتناق التقنين الجديد للنظرية الحديثة فى السبب

٢٨٩ — النصوص القانونية : نص التقنين الجديد فى المادة ١٣٦ على ما يأتى :

« إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا »[(١)]

وكان التقنين القديم ينص فى المادة ١٤٨/٩٤ على أنه « يشترط لصحة التعهدات أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً » .

ونلاحظ منذ الآن الفرق ما بين النصين . فنص التقنين القديم يشترط فى السبب الصحة والمشروعية . أما نص التقنين الجديد فلا يشترط إلا المشروعية ، إذ السبب غير الصحيح يدخل فى منطقة الغلط كما قدمنا .

ولم يصرح التقنين الجديد فيما أورده من نص بالمعنى الذى يقصده من « السبب » . ولكن لا شك فى أنه يعتنق النظرية الحديثة ، وينبذ النظرية التقليدية . فقد كان هذا هو شأن التقنين القديم ، وهو لا يزيد فى صراحة التعبير عن القانون الجديد . وكان الفقه والقضاء فى مصر يفسران عبارات التقنين القديم على معنى النظرية الحديثة لا على معنى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : م ١٨٩ : يكون العقد باطلا إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب غير مشروع — م ١٩٠ : يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب . وفى لجنة المراجعة أدمجت المادتان فى مادة واحدة على الوجه الآتى : « إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا » . وأصبح رقم المادة ١٤٠ فى المشروع النهائى — ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك فعلت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقم المادة ١٣٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٦ — ص ٢٢٨) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٧ (مطابق) — الليبى م ١٣٦ (إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع كان العقد باطلا : وهذا النص أدق من نص التقنين المصرى كما سنرى) — العراقى م ١/١٣٢ (موافق) — اللبنانى م ١٩٥ — ١٩٨ (سبب الالتزام وهو السبب بالمعنى التقليدى . والمادتان ٢٠٠ — ٢٠١ (سبب العقد وهو الباعث الدافع بالمعنى الحديث) .

النظرية التقليدية . ولم يقطع التقنين الجديد صلته بهذه التقاليد ، بل هو قد تأثر بنوع خاص بتقاليد القضائين المصرى والفرنسى . وقد ذكر ذلك صراحة فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ ورد فيها ما يأتى : « لم ينهج المشروع نهج التقنينات الجرمانية بشأن نظرية السبب ، بل اختار على النقيض من ذلك مذهب التقنينات اللاتينية وانتصر معها لهذه النظرية . والواقع أن السبب كما يصوره القضاءان الفرنسى والمصرى بمعنى الباعث المستحث يدخل فى نطاق القانون المدنى عنصراً نفسياً من عناصر الأخلاق يحد من نزعته المادية ، وهى بعد نزعة يشتد طغيانها فى بعض الأحيان »[1] . وجاء فى موضع آخر من المذكرة الإيضاحية ما يأتى : « يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر . فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية عامة لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات »[2] .

فالسبب إذن ، فى نظر التقنين الجديد، هو الباعث الدافع إلى التعاقد (cause impulsive) لا مجرد الغرض المباشر المقصود فى العقد (cause finale) . وهو أمر نفسى خارج عن العقد يتغير بتغير البواعث . وكل ما أوردناه عن النظرية الحديثة فى السبب ينطبق فى القانون الجديد . ولا بد فى التقنين الجديد أيضاً من أن يكون السبب معلوماً من المتعاقد

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥ . وقد أشارت المذكرة الإيضاحية إلى تعديلين استحدثهما التقنين الجديد فقالت : ورغم أن المشروع قد التزم حدود التصوير التقليدى للسبب كما ارتسمت معالمه فى التقنينات اللاتينية ، إلا أنه عرض له بتعديلين متفاوتى الأهمية . فيراعى أولا أنه اقتصر على رد عدم مشروعية السبب إلى تعارضه مع النظام العام أو الآداب دون أن يشير إلى مخالفته لنص من نصوص القانون . وهو بإغفال هذه الإشارة يخالف ما اتبعه التقنين الفرنسى وأكثر التقنينات اللاتينية معتداً فى ذلك بعين الاعتبارات التى أملت عليه مسلكه فيما يتعلق بعدم مشروعية المحل . والواقع أنه قد يؤخذ على الإشارة إلى مخالفة السبب لنص من نصوص القانون إفراطها فى السعة أو تجردها من الفائدة . فهى تجاوز حدود المقصود إذا صرفت عبارة « نص القانون » إلى الأحكام التشريعية كافة . وهى تصبح عديمة الغناء إذا اقتصر المقصود من هذه العبارة على الأحكام الآمرة التى لا يجوز الخروج عليها بمشيئة الأفراد . ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر « السبب الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق للواقع ، وهذا هو أهم التعديلين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧

الآخر ، فإذا كان الباعث الذى دفع أحد المتعاقدين إلى التعاقد غير مشروع ، ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم بهذا الباعث وليس فى استطاعته أن يعلم به ، فعدم المشروعية هنا لا يعتد به ، ويكون العقد صحيحاً ، ويقوم لا على الإرادة الحقيقية فهى غير مشروعة ، ولكن على الإرادة الظاهرة ، شأنه فى ذلك شأن العقد الذى يقوم على إرادة معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ولا يعلم المتعاقد الآخر بالعيب ولا يستطيع أن يعلم به ، وقد مر بنا ذلك[1] .

وهذه النظرية الحديثة التى أخذ بها القانون الجديد سبقه إليها ، كما قدمنا ، الفقه والقضاء فى مصر . ونعرض الآن لكل منهما .

٢٩٠ — *الفقه فى مصر* : أخذ بعض الفقهاء فى مصر بالنظرية التقليدية فى السبب ، ونقلوها عن الفقهاء الفرنسيين كما أوردناها فيما تقدم[2] .

ولكن بعض الفقهاء جاوزوا النظرية التقليدية إلى النظرية الحديثة ، وهى نظرية القضاء الفرنسى ، فآثروها على النظرية التقليدية[3] .

وهناك من الفقهاء من قال بازدواج السبب ، فاستبقى النظرية التقليدية وأكملها بالنظرية الحديثة على غرار التقنين اللبنانى[4] .

---

(١) وقد يقال أيضاً — كما قيل فى صدد الغلط والتدليس والإكراه — إن العقد يقوم لا على التراضى ، بل على سبيل التعويض .

(٢) أنظر الدكتور عبد السلام ذهنى فى النظرية العامة للالتزامات ص ١٤٥ وما بعدها — الدكتور محمد صالح فى أصول التعهدات ص ٢٦٤ وما بعدها .

(٣) أنظر والتون ١ ص ٦١ — ص ٦٣ — محمد وهيبة فى النظرية العامة فى الالتزامات فقرة ٣١٨ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٤٤ — فقرة ٥٤٨ . محمد كامل مرسى فى الالتزامات ص ٤٦٨ وص ٤٧٠ .

(٤) وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إلى نظرية السبب المزدوجة التى أخذ بها التقنين اللبنانى ولم يأخذ بها التقنين الجديد ، فقالت فى هذا الصدد ما يأتى : ويفرق التقنين اللبنانى بين سبب الالتزام وسبب العقد (م ١٩٤) . فسبب الالتزام هو الباعث الذى يدفع إليه مباشرة . وهو بهذا الوصف يتمثل فى صورة واحدة فى كل ضرب من ضروب الالتزام ، ويعتبر جزءاً من التعاقد نفسه . فهو فى العقود =

ونحن لا نرى مقتضياً لاستبقاء النظرية التقليدية وتكميلها بالنظرية الحديثة . وقد رأينا فيما قدمناه أن النظرية التقليدية لا نفع فيها والاستغناء عنها ميسور . هذا إلى أن ربط النظريتين إحداهما بالأخرى هو ربط بين نظريتين يختلفان كل الاختلاف في النزعة وفى الأصل التاريخى . وقد رأينا أن إحداهما تسربت إلينا عن الفقهاء الرومانيين فى القرون

= الملزمة للجانبين الالتزام المقابل، وفي العقود العينية تسلم المعقود عليه ، وفي التبرعات نية التبرع ، وفي المعاوضات الملزمة لجانب واحد التزام مدنى أو طبيعى كان قائماً بين المتعاقدين قبل التعاقد (م ١٩٥) . أما سبب العقد فهو الباعث الشخصى الذى يدعو المتعاقد إلى إبرامه ، وهو لا يعتبر شقاً من التعاقد ، فهو يختلف باختلاف الأحوال فى العقد الواحد . بيد أن هذه التفرقة ليست فى الواقع إلا إبقاء على التمييز بين دلالة السبب فى الفقه التقليدى وبين دلالته الحديثة كما استخلصها القضاء . ولما كان التصوير التقليدى ضيق الحدود فقد رؤى الإعراض عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧) — انظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٤٨ .

وممن يقول بازدواج السبب الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٢٤٠ ص ٢٣٦ ، وهو صريح فى هذا المعنى . انظر أيضاً الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ١٧٣ — ص ١٧٤ — الدكتور سليمان مرقس فقرة ١٦٤ — الدكتور عبد الحى حجازى ١ ص١٦٠ و ص١٦١ و ص١٦٧ (ويسمى السبب التقليدى بالسبب الفنى والسبب بمعنى الباعث بالسبب المصلحى) — الدكتور أنور سلطان فقرة ١٩٧ وفقرة ٢١٢ — الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٤ وفقرة ٢٣١ وفقرة ٢٣٣ — فقرة ٢٣٥ .

[ويقرر الدكتور حشمت أبو ستيت أن النظرية الحديثة فى السبب لا تحل محل النظرية التقليدية بل تكملها . وأن السبب بمعنى الغرض المباشر (وهو المعنى التقليدى) يجب أن يبقى ، لأن الصياغة الفنية تحتم بقاءه باعتباره قيداً على الإرادة حل محل الشكل ، على أن يكمل بالنظرية الحديثة التى تأخذ السبب بمعنى الباعث الدافع وتشترط فيه المشروعية . ويستفاد مما يذكره الدكتور أبو ستيت فى هذا الصدد أن البحث فى السبب يمر بمرحلتين : يؤخذ فى أولاهما بالمعنى التقليدى ، فإذا تخلف بطل العقد بطلاناً مطلقاً بما يغنى عن البحث فى الدوافع ومشروعيتها . أما إذا وجد السبب بالمعنى التقليدى فإننا ننتقل إلى المرحلة الثانية التى يحمل فيها السبب على معنى الباعث الدافع ، فإذا اتضح أنه غير مشروع بطل العقد أيضاً ، أما إذا كان مشروعاً فإن العقد لا يبطل على أساس عيب فى السبب وإنما يجوز الطعن فيه على أساس الغلط إذا تحققت شروطه ، ويكون العقد عندئذ قابلا للابطال (انظر : نظرية الالتزام للدكتور أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ بند ٢٣٣ — ٢٣٩) .

أما الدكتور عبد الحى حجازى فإنه يفرق بين سبب الالتزام (ويسميه السبب الفنى) وسبب العقد (ويسميه السبب المصلحى) — وهو يرد هذه التفرقة إلى العلامة (مورى) ، ويرى أن السبب الفنى هو الغاية المباشرة من الالتزام ويشترط فيه الوجود ، وأن السبب المصلحى هو الباعث الدافع إلى التعاقد وتشترط فيه المشروعية ، أى أنه يأخذ بالنظرية التقليدية فى الأول وبالنظرية الحديثة فى الثانى (انظر كتابه : النظرية العامة للالتزام طبعة ١٩٦٢ من بند ١٥٤ ص ٢٣٧) — وانظر رسالة الدكتور وحيد سوار فى التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى (رسالة من القاهرة سنة ١٩٦٠) وهو يأخذ برأى الدكتور حجازى وبما أورده من تسميات] .

الوسطى وهى تحمل أثر الصنعة الرومانية ، والأخرى تلقيناها عن الفقهاء الكنسيين وقد بنوها على أصول خلقية دينية وبعدوا بها عن الصياغة الرومانية بعد أن حرروا الإرادة من قيودها الشكلية . ففيم إذن الربط بين نظريتين متنافرتين كل هذا التنافر ! وما الجدوى فى هذا الربط ، والنظرية التقليدية يمكن الاستغناء عنها ، والنظرية الحديثة فيها وحدها كل الغناء !

٢٩١ — القضاء فى مصر : والقضاء فى مصر كان أكثر تمشياً من الفقه مع النظرية الحديثة ، فأخذ بها فى كثير من أحكامه ، وقد اقتفى فى ذلك أثر القضاء فى فرنسا .

فقضت محكمة الاستئناف الوطنية فى دعوى ثبت فيها أن شخصاً أودع عقداً عند رجل يأتمنه ، فاتفق ابن المودع مع الأمين على أن يسلمه العقد المذكور فى مقابل أن يكتب له عقداً ببيع سبعة أفدنة — بأن هذا البيع باطل لأن السبب فيه غير مشروع ، وأن الأمين الخائن لا حق له فى طلب ملكية العين ولا فى الثمن[1] . ويلاحظ فى هذه القضية أن البيع إذا كان جدياً دفع المشترى فيه ثمناً ، كان عقداً ملزماً للجانبين اعتبر السبب فيه هو الباعث الدافع . أما إذا كان ، كما هو الغالب ، هبة فى صورة بيع ، كان تبرعاً أبطله القضاء لعدم مشروعية الباعث على اعتبار أن الباعث هو السبب — وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا كان الباعث لتبرع الخليل لخليلته هو استبقاء العلاقة غير الشريفة بينهما كان العقد باطلا ، أما إذا كان الباعث هو تعويض الخليلة عما أصابها من ضرر بسبب هذه المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت فالباعث يكون مشروعاً والتبرع يكون صحيحاً[2] — وقضت محكمة الزقازيق الكلية بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث فى مرتبة واحدة مع السبب المباشر وذلك فى حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، ويعتبر الباعث فى هذه

---

(١) ٢٤ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢١٦ ص ٢١٠ .

(٢) ١٣ يونية سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٣ ص ٦ — الحقوق ٢٤ ص ٢٣٠ .

الحالة أمراً ملاحظاً فى العقد وأنه بدونه لا يمكن أن يتم العقد[(١)].

على أن النظرية التقليدية فى السبب لم تعدم لها مكاناً فى القضاء الوطنى ، وقد تردد صداها فى بعض الأحكام . فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه لا محل للبحث فى عقد البيع فى الأسباب التى يدعيها البائع كباعث على صدور العقد ، لأن الباعث من الأمور التى لا يلتفت إليها فى صحة العقد ، وهو والسبب الصحيح أمران مختلفان لا يصح الخلط بينهما[(٢)]. وقضت محكمة النقض بأن السبب القانونى فى عقد القرض هو دفع المقرض نقداً إلى المقترض ، ومن هذا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل ، فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد[(٣)]. ويجوز أن يؤول حكم محكمة استئناف مصر بأن الباعث لم يكن معلوماً من الطرف الآخر فلا يعتد به ، وأن يؤول حكم محكمة النقض بأن السبب الذى عنته فى حكمها هو السبب المنشىء لعقد القرض .

وقد كان القضاء المختلط أكثر إمعاناً من القضاء الوطنى فى الأخذ بالنظرية الحديثة فى السبب . وإذا كانت محكمة الاستئناف المختلطة قضت فى حكم قديم لها[(٤)] بأن الإيجار أو القرض لا يكون باطلا حتى لو كان المستأجر أو المقترض قصد إدارة العين للعهارة أو استعمال المبلغ المقترض فى إدارة العين للعهارة ، وحتى لو كان المؤجر أو المقترض عالماً بذلك ، فقد هجرت بعد ذلك هذه النظرية التقليدية ، وأخذت فى أحكام كثيرة بالنظرية الحديثة . فقضت بأن بيع أسلحة محرم استيرادها إلى مصر يكون باطلا لعدم مشروعية السبب متى كان البائع عالماً بهذا التحريم[(٥)] . وقضت بأن اتفاق البائع والمشترى على الثمن الحقيقى للصفقة ، مع بقائه مخفياً حتى يذكرا ثمناً صورياً أقل من الثمن الحقيقى ،

---

(١) ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٩ ص ٧٢

(٢) ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٧ ص ٢٩٥ .

(٣) ٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٧٦ .

(٤) ٢٢ نوفبر سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٣ ص ١٨ .

(٥) ٢٧ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٦ .

فيتمكن المشترى بذلك من تخفيض رسوم التسجيل بطريق الغش ، يكون اتفاقاً باطلا لعدم مشروعية السبب ، ولا يستطيع المشترى التمسك بالثمن الحقيقى فى مواجهة الشفيع ، كما لا يستطيع البائع التمسك بهذا الثمن فى مواجهة المشترى[1] . وقضت بأن عقد القرض يكون باطلا إذا قصد المقترض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض عالماً بهذا القصد[2] ، لكن إذا ثبت أن المقترض لم يستعمل القرض فعلا فى المقامرة فإن الدليل على القصد غير المشروع لا يقوم ويكون عقد القرض صحيحاً[3] . وقضت بأن التوكيل المعطى لسمسار لعقد صفقات بقصد المضاربة فى البورصة عقد باطل لعدم مشروعية السبب[4] ، ولكن قصد المضاربة يجب أن يكون معلوماً من السمسار وإلا فلا يعتد به[5] . وقضت محكمة الاسكندرية التجارية المختلطة بأنه إذا كان الباعث على التبرع استبقاء العلاقة ما بين الخليل وخليلته كان العقد باطلا ، أما إذا كان هو التعويض عما أصاب الخليلة من الضرر بسبب

---

(١) ٢٢ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٠ — ولمحكمة النقض قضاء فى مسألة كهذه ذهبت فيه إلى أن الشفيع يعتبر من الغير بالنسبة إلى الثمن الصورى ، فله أن يأخذ به دون الثمن الحقيقى ما دامت له مصلحة فى ذلك (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٩ ص ٤١١) وعندنا أن الشفيع لا يعتبر من الغير فى عقد البيع الذى ذكر فيه الثمن الصورى المخفض ، لأن الغير فى الصورية هو شخص ثبت له حق على العين محل التصرف الصورى دون أن يكون هذا الحق ناشئاً عن التصرف الصورى ذاته ، والشفيع شخص ثبت له حق على العين المشفوعة نشأ عن البيع الصورى فلا يكون « غيراً » . وإذا أراد الأخذ بالشفعة وجب أن يدفع الثمن الحقيقى ، قل هذا الثمن عما هو مذكور فى العقد أو زاد . وسنعرض لهذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام فى الصورية .

أما قضاء محكمة الاستئناف المختلطة الذى أوردناها هنا ، فوجه الاستشهاد به أنه يأخذ بالنظرية الحديثة فى السبب . ولكن تأخذ عليه أنه إذا اعتبر الاتفاق على الثمن الحقيقى باطلا لعدم مشروعية السبب ، وجب أيضاً أن يعتبر الاتفاق على الثمن الصورى غير موجود لصوريته ، فيسقط الاتفاق فى الحالتين . ولا يستطيع الشفيع أن يتمسك لا بالثمن الصورى ولا بالثمن الحقيقى ، بل هو لا يستطيع الأخذ بالشفعة إطلاقاً لأن البيع الذى يريد بسببه الأخذ بالشفعة غير موجود لانعدام الثمن .

(٢) ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ — ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٩٤ .

(٣) ٢٤ يونية سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٧٩ ص ٢٤٩ .

(٤) ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٣ .

(٥) ٥ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٠ .

المباشرة فالباعث مشروع والعقد صحيح[1] . ولم يكن القضاء المختلط يعتبر التبرع لولد غير شرعى باطلا ، بل يعتبره وفاء لالتزام طبيعى ، ويعطيه حكم الوصية فيجوز فيما لا يزيد عن الثلث[2] .

وإذا كان القضاء المصرى — لا سيما القضاء الوطنى — قد أخذ فى الماضى بالنظرية التقليدية فى بعض أحكامه ، فلم يعد بعد صدور التقنين الجديد محل للأخذ بهذه النظرية . وأصبح من المتعين الآن الأخذ بالنظرية الحديثة التى اعتنقها التقنين الجديد ، على ما تصرح به الأعمال التحضيرية فيما قدمناه .

§ ٢ — الفصل ما بين منطقة السبب ومنطقة الغلط فى القانون الجديد

٢٩٢ — إبعاد « السبب غير الصحيح » من دائرة السبب إلى دائرة الغلط : قدمنا عند الكلام فى نظرية الغلط أن التمييز بين السبب غير الصحيح والغلط فى الباعث كان مفهوماً وقت أن كانت النظرية التقليدية فى كل من الغلط والسبب قائمة . فالنظرية التقليدية فى الغلط كانت تميز بين الغلط فى السبب وهو يجعل العقد باطلا ، وبين الغلط فى الباعث وهو لا يؤثر فى صحة العقد ، والنظرية التقليدية فى السبب كانت تميز بين السبب أى الغرض المباشر من الالتزام وهو الذى يعتد به ، وبين الباعث وهو عديم الأثر ، ومن ثم كان مفهوماً أن الغلط فى السبب يجعل العقد باطلا وأن الغلط فى الباعث لا يؤثر فى صحة العقد ، لأن السبب بالمعنى التقليدى ألصق بالعقد من الباعث . فالغلط فيه أمر خطير من شأنه أن يعدم العقد ، أما الباعث فأمر خارجى عن العقد فلا يعتد بالغلط فيه .

ثم تطورت نظرية الغلط ، فاستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة . وأصبح الغلط فى الباعث طبقاً لهذه النظرية الأخيرة يجعل العقد قابلا للابطال . فإذا نحن واجهنا هذه

---

(١) ٨ يونيه سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٥٣٦ ص ١٧٦ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٠ .

النظرية الحديثة فى الغلط بالنظرية التقليدية فى السبب ، بقى الفرق قائماً بين الغلط فى السبب بمعناه التقليدى وهو الغرض المباشر من الالتزام وبين الغلط فى الباعث وهو أمر خارجى عن العقد ، وأمكن تبرير الفرق فى الحكم : فالغلط فى السبب اللصيق بالعقد يجعل العقد باطلا . أما الغلط فى الباعث الخارج عن العقد فلا يجعل العقد إلا قابلا للابطال .

ولكن لما تطورت نظرية السبب هى الأخرى واستبدلنا بالنظرية التقليدية النظرية الحديثة ،وأصبح السبب هوعين الباعث ، لم يعدهناك محل للتمييز بين الغلط فى السبب بهذا المعنى الجديد وبين الغلط فى الباعث فكلاهما غلط فى الباعث . ووجب إذن أن ندرك أن نظرية الغلط قد اتسعت دائرتها كما اتسعت دائرة نظرية السبب ، حتى تدخلت كل دائرة فى الأخرى ، فأصبحت هناك منطقة مشتركة بين الدائرتين يتعين أن نستخلصها لإحداهما ، وإلا وقعنا فى المحظور الذى أشرنا إليه عند الكلام فى نظرية الغلط . ووقع خلط عجيب ما بين نظريتى السبب والغلط ، إذ تبقى هذه المنطقة المشتركة فيما بينهما يتنازعها كل منهما فإذا سميناها بالسبب غير الصحيح أو السبب المغلوط (cause erronée) كان العقد باطلا ، وإذا سميناها بالغلط فى الباعث (erreur sur le motif) كان العقد قابلا للابطال[١] .

لذلك كان لا بد من التأمل فيما صارت إليه الأمور بعد تطور نظرية السبب ونظرية الغلط واستبدال النظرية الحديثة فى كل منهما بالنظرية التقليدية . وقد لفت ذلك نظر بعض الفقهاء ، ولكنهم لم يشيروا فى ذلك برأى حاسم[٢] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١٧٣ .

(٢) من ذلك ما ورد فى بلانيول وريبير وبولانجيه (الطبعة الثالثة ١٩٤٩) ٢ فقرة ٢٠٥ وفقرة ٣٠٤ وفقرة ٨٢٤ (وقد سبقت الإشارة إليها آنفاً فى حاشية الفقرة ١٧٣ من هذا الكتاب) من أن الغلط فى الباعث هو فى الواقع غلط فى السبب ، والجزاء فى الحالتين هو البطلان النسبى لا البطلان المطلق ، وذلك لأن شرط الصحة فى السبب تراد به حماية مصلحة فردية ، فجزاء الإخلال به البطلان النسبى ، أما شرط المشروعية فتراد به حماية مصلحة عامة ، فجزاء الإخلال به البطلان المطلق — أنظر أيضاً فى هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٦٣ .

ومن ذلك أيضاً ما ذهب إليه الدكتور حلمى بهجت بدوى (أصول الالتزامات ص ١٧٩ وص ١٨٦ =

أما التقنين الجديد فقد وقف موقفاً صريحاً من هـذه المنطقة المشتركة ما بين السبب والغلط ، واعتبر أن السبب غير الصحيح (أو السبب المغلوط) هو والغلط فى الباعث شىء واحد ، كلاهما غلط فى الباعث كما قدمنا ، وكلاهما يجعـل العقد قابلا للابطال . وبعد أن كانت المنطقة المشتركة المشار اليها يتنازعها كل من السبب والغلط على النحو الذى بيناه ، استخلصها التقنين الجديد للغلط ، واختفى من نصوص السبب فى التقنين الجـديد النص الخاص بالسبب غير الصحيح . وهذا النظر تبرره اعتبارات منطقية واعتبارات تاريخية .

أما الاعتبارات المنطقية فترجع إلى أنه بعد أن اتسعت فـكرة السبب فأصبح السبب هو الباعث ، فإن الغلط فيه لم يعد هو الغلط فى السبب الضيق اللصيق بالعقد الذى تقول به النظرية التقليدية فى السبب ، بل صـار هو عين الغلط فى الباعث الذى تقول به النظرية الحديثة فى الغلط . ووجب أن يعطى الغلط فى السبب بهذا المعنى الجديد ذات الحـكم الذى يعطى للغلط فى الباعث ، وهو قابلية العقد للابطال لا بطلانه . فيتزحزح الغلط فى السبب عن دائرة السبب إلى دائرة الغلط ، ولا يصبح هناك محل للـكلام عن السبب غير الصحيح فى نظرية السبب ، فهو لا يزيد على أن يكون غلطاً فى الباعث ، ومحل الـكلام عنه إنما يكون فى نظرية الغلط . أما الغلط فى السبب بمعناه التقليدى فقد قدمنا أنه غلط يمنع من تـكوين العقد لانعدام الرضاء أو لانعدام المحل ، فالـكلام فيه هو أيضاً لا يكون فى نظرية السبب[1] .

= وص ٢٣٢) من أن الغلط صورة من صور السبب غير الصحيح ، فهو يصوغه على أنه قصور الغرض المباشر الذى اتجهت إليه إرادة المتعاقد عن إجابة الحافز الرئيسى الذى حفزه للتعاقد ، ويقول إن هذه الصيغة هى بعينها صيغة السبب غير الصحيح ، وهى على هذا الوجه صالحة للتطبيق على جميع أنواع الغلط دون حاجة إلى تقسيم الغلط إلى غلط فى الشخص وغلط فى الشىء وغلط فى غير ذلك ، لأن العبرة ليست بذات الشخص أو بذات الشىء وإنما بالغرض الذاتى أى بالحافز الرئيسى . فإذا ما خلص له أن حالتى الغلط والتدليس هما بعينهما حالة السبب غير الصحيح ، جعل الجزاء فى كل هذه الأحوال البطلان النسبى لا البطلان المطلق . فهو يلحق الغلط بالسبب فى ماهيته ، ثم يلحق السبب بالغلط فى جزائه . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً حاشية الفقرة ١٧٣) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المعنى ما يأتى : « ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد أغفل ذكر « السبب غير الصحيح » ، وهو ما يكون غير مطابق للواقع ، وهنا =

وأما الاعتبارات التاريخيـة فترجع إلى تاريخ نظرية السبب ، وكيف استخدم الفقهاء الـكنسيون هذه الفكرة بعد أن حرروا الإرادة من قيود الشكل على ما قدمنا . فقد رأينا أنهم هم الذين صنعوا نظرية السبب ، وجعلوا منها نظرية خصبة منتجة . وقد استخدموها بادىء الأمر لحماية مصلحة عامة هي المشروعية . ثم أقحموا بعد ذلك على السبب غرضاً آخر بعيداً عن الغرض الأول ، فاستخدموا نظرية السبب لحماية مصلحة خاصـة فردية هي تحرير الإرادة من عيب الغلط . فمن وقع في غلط دفعه إلى التعاقد ، كمن تعاقد لسبب غير مشروع ، يستطيع أن يتمسك بنظرية السبب . وظاهر أن فـكرة الغلط دخيلة على نظرية السبب ، فالأولى تحمي مصلحة خاصة للأفراد ، أما الأخرى فتحمي مصلحة عامة للجماعة . والأولى إرجاع نظرية السبب سـيرتها الأولى ، فتتمحض لحماية المصلحة العامة . وينتقل السبب غير الصحيح إلى دائرة الغلط ، ولا يبقى في دائرة السبب إلا السبب غير المشروع . وهذا ما فعله التقنين الجديد .

٢٩٣ — لا يوجد للسبب في التقنين الجديد إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً : ومن ثم لا نجد في التقنين الجـديد عبارة « السبب الصحيح » التي كنا نقرأها في التقنين القديم ، فقد اختفت وأخلت باختفائها الميدان للسبب المشروع وحده . وقد رأينا أن المادة ١٣٦ من التقنين الجديد تنص على أنه إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام

= هو أهم التعديلين . فالحق أن الغلط في هذا الشأن لا يعدو أن يكون غلطاً في الباعث . وقد كان يخلق التنبيه إلى ما في الإبقاء على التفرقة بين الغلط والسبب غير الصحيح من تشبث بأهداب السطحيات والفوارق الصناعية ، بعد أن أصابت فـكرة الغلط من السعة ما جعلها تجاوز نطاقها المادي الضيق ، وتصبح فـكرة نفسية تتناول الباعث المستحث ، وتنتهي بذلك إلى صـورتها السوية في « الغلط الجوهري » . ولهذا رؤى إخراج « السبب غير الصحيح » أو الغلط في السبب من بين أسباب البطلان المطلق واعتباره سبباً للبطلان النسبي ، شأنه في ذلك شـأن سائر ضروب الغلط . ولم يستبق المشروع من صور السبب غير الصحيح إلا السبب الصوري . ومع ذلك فقد رد حكمه إلى فـكرة المشروعية ، وجعل السبب الحقيق مرجع الحـكم فيما يرتب العقد من آثار ، فإن كان هذا السبب مشروعاً صح العقد ، وإن كان غير مشروع بطل العقد لعدم مشروعية سببه لا للصورية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٥ — ص ٢٢٦) .

العام أو الآداب ، كان العقد باطلا . وكان التقنين القديم فى المادة ١٤٨/٩٤ يتطلب لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً .

فلا يشترط إذن فى السبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً . ومن أجل المشروعية وحدها قامت نظرية السبب أول ما قامت ، وإليها وحدها عادت فى التقنين الجديد .

والواقع من الأمر أن السبب ، بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد ، يجب استبقاؤه ، على ألا يستخدم إلا لحماية المشروعية فى التعاقد . ذلك أنه هو وحده الذى يستطيع أن يقوم بهذه الحماية فى صورة السبب المشروع ، ولا يغنى عنه ركن آخر ، لا ركن المحل ولا ركن الرضاء[1] . ولكن عند هذا الحد يجب أن تقف مهمته ، فلا تجاوز ذلك إلى حماية العاقد ضد الغلط فى صورة السبب الصحيح ، فإن نظرية الغلط تغنى عندئذ عن نظرية السبب ، بل وتفضلها من حيث الجزاء .

وقد فهم القضاء ، فى مصر وفى فرنسا ، وهو يلامس الحياة العملية ، مهمة السبب على هذا الوجه . فتراه يكاد يقتصر على السبب غير المشروع فى إبطال العقد . وقل أن تجد تطبيقاً قضائياً لما يدعى بالسبب غير الصحيح إذ هو يختلط فى العمل بالغلط . ويكفى للتثبت من ذلك استظهار ما أوردناه من أحكام القضاء المصرى والفرنسى فى السبب لنراها جميعاً قد عرضت للسبب غير المشروع لا للسبب غير الصحيح[2] . وهذا إن دل على شىء فهو يدل

---

(١) ولا يجوز أن يقال إنه يمكن الاستغناء عن مشروعية السبب ، والاقتصار على اشتراط أن يكون العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب كما فعل التقنين الألمانى مثلا . فإن هذا الاشتراط لا يستقيم إلا إذا قيل إن المقصود به أن يكون غرض العقد غير مخالف للنظام العام أو الآداب . وغرض العقد هو سببه ، والتعبير عن الغرض بالسبب أدق من ناحية الصياغة الفنية .

(٢) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه (الطبعة الثالثة سنة ١٩٤٩) ٢ فقرة ٢٨١ ، وقد جاء فى هذه الفقرة ما يأتى : « لم يستخدم القضاء كثيراً فكرتى انعدام السبب والسبب غير الصحيح ، فقد كان لديه لهذا الغرض أداة أخرى هى إبطال العقد للغلط ، ولكنه على النقيض من ذلك استخدم إلى مدى بعيد فكرة السبب غير المشروع ، فقد أعطته المادة ١١٣٣ وسيلة من وسائل الصنعة الفنية لتقرير جزاء للقاعدة التى اشتملت عليها المادة السادسة من القانون المدنى الفرنسى » .

على أن القضاء قد اتجه اتجاهاً عملياً منتجاً فى نظرية السبب . وقد قام على هذا النحو بمهمته خير قيام . أما الفقه فلا يزال مطلوباً منه أن يقوم بمهمته هو الآخر ، فيعين القضاء على شق طريقه ، ويصوغ له نظرية جديدة فى السبب تتمشى مع مقتضيات العمل . وقد سبق التقنين الجديد الفقه إلى ذلك . فخطا بنظرية السبب خطوة جديدة حاسمة فى تاريخ تطوره الحديث . فاتسع أفق السبب بعد هذا الضيق الذى كان ملحوظاً فى النظرية التقليدية ، وخلص من الشوائب التى كانت تعتريه من جراء اختلاطه بنظرية غريبة عنه هى نظرية الغلط .

٢٩٤ — مأخذان على التقنين الجديد : على أن هناك مأخذين على التقنين الجديد ، تجمعا فى العبارة التى صدرت بها المادة ١٣٦ . فقد جاء فى صدر هذه المادة : « إذا لم يكن للالتزام سبب » . فالسبب قد نسب إلى الالتزام ، وكان الأولى أن ينسب إلى العقد إذ هو متلازم مع الإرادة كما رأينا . ثم افترض النص احتمال أن يكون هناك التزام دون سبب ، وهذا احتمال لا يتصور ، فما دمنا نجعل السبب هو الباعث ، فكل إرادة لا بد أن يكون لها باعث إلا إذا صدرت من غير ذى تمييز[1] .

والعبارة التى ننتقدها أليق بالنظرية التقليدية . ففى هذه النظرية ينسب السبب إلى الالتزام ويتصور أن يكون غير موجود . ولكن لا يجوز أن يفهم من ذلك أن القانون الجديد قد استبقى النظرية التقليدية ، فإن الأعمال التحضيرية صريحة فى أنه قد نبذها واعتنق النظرية الحديثة[2] .

---

(١) وكان من الخير أن تصاغ المادة ١٣٦ على الوجه الآتى : « إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع ، كان العقد باطلا » . وهذه هى الصياغة التى أخذ بها التقنين المدنى الليبى (م ١٣٦) . فكان أدق من التقنين المدنى المصرى (انظر آنفاً فقرة ٢٨٩ ص ٥١٤ هامش ١) .

(٢) قارن الدكتور أبو عافية فى التصرف المجرد فقرة ٥٤ ص ١٩٩ هامش رقم ٥ .

[وقارن أيضاً : الدكتور حشمت أبو ستيت بند ٢٣٨ وما بعده . والدكتور عبد الحى حجازى بند ١٧٤ . والدكتور وحيد سوار ص ٢٧٥ بالهامش (فيما يتعلق بالتقنين السورى) . وحجتهم الأساسية أن عبارة « إذا لم يكن للالتزام سبب » الواردة فى المادة (١٣٦) تدل على أن المقصود هو السبب بالمعنى =

§ ٣ — إثبات السبب*

٢٩٥ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٧ من القانون الجديد على ما يأتى :

« ١ — كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك » .

« ٢ — ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب ، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه »(١) .

= التقليدى . وهم يغفلون فى ذلك ما ورد بالمذكرة الإيضاحية ، على أساس أنها ليست جزءاً من القانون ، مع أن هذه العبارة لا تدل إلا على تأثر المشرع فى صياغة النص بالنظرية التقليدية رغم ما قرره صراحة فى المذكرة الإيضاحية من اعتناقه للنظرية الحديثة — وهو ما لا ينبغى إغفاله — خاصة فى مسألة هامة كهذه — لارتباط النص فيها بالمذكرة التى وضعت معه وتضمنت بياناً واضحاً لقصد المشرع واتجاهاته التى ينبغى أن تفسر عباراته على ضوئها] .

* [انظر فى إثبات السبب : بيدان جـ ٨ ص ١٤٨ بند ٢١١ ودى باج جـ ٢ بند ٤٨٩ ص ٤٦٣ وما بعدها والدكتور أبو ستيت بند ٢٤١ . والدكتور عبد الحى حجازى بند ١٨١ — ١٨٢ فى إثبات السبب الفنى و ٢٠٤ — ٢٠٦ فى إثبات السبب غير المشروع] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٩٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يفترض فى كل التزام أن له سبباً مشروعاً ، ولو لم يذكر هذا السبب فى العقد ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ٢ — ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . ٣ — فإذا قام الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » . وقد اقترح فى لجنة المراجعة إدماج الفقرتين الثانية والثالثة فى فقرة واحدة وحذف عبارة « أو على عدم مشروعيته » من الفقرة الثالثة لأنها تنص على حالة من حالات صورية السبب ، واقترح أحد الأعضاء إدخال تعديل لفظى على الفقرة الأولى ، فوافقت اللجنة على هذه الاقتراحات ، وأصبح نص المادة النهائى (م ١٤١) مطابقاً للنص الوارد فى التقنين الجديد . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية وهى : « فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » ، لأن هذه العبارة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإثبات ، ولكن اللجنة انتهت آخر الأمر إلى إقرار بقائها ، وأصبح رقم المادة ١٣٧ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٩ — ص ٢٣٢) . =

وهذا النص لا مقابل له فى التقنين القديم ، ولكنه يقرر أحكاماً غير مستحدثة . فقد كان القضاء المصرى يطبقها من قبل . ولم يفعل التقنين الجديد إلا أن قننها لما لها من أهمية عملية .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى :

« أما فيما يتعلق بإثبات السبب فثمة قاعدتان أساسيتان : (أولاهما) افتراض توافر السبب المشروع فى الالتزام ولو أغفل ذكره فى العقد إلى أن يقوم الدليل على خلاف ذلك ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذى يطعن فى العقد . (والثانية) افتراض مطابقة السبب المذكور فى العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صوريته . فإذا أقيم هذا الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيق تلحق به صفة المشروعية »[1] .

ويتبين مما تقدم أن هناك فرضين : (الأول) أن يكون السبب غير مذكور فى العقد (والثانى) أن يكون هناك سبب ذكر فى العقد[2] . ونستعرض كلا من الفرضين .

٢٩٦ — السبب غير مذكور فى العقد : وهذا هو الفرض الوارد فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٧ . وقد كان المنطق القانونى يقضى بأن الدائن ، وهو المكلف بإثبات الدين ، هو الذى يثبت السبب لأن الدين لا يقوم بدونه . ولكن التقنين الجديد وضع قرينة

= ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٣٨ (مطابق) — الليبى م ١٣٧ (مطابق) — العراق م ١٣٢/٢ و ٣ (موافق) — اللبنانى م ١٩٩ (موافق) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٢٧ .

(٢) سواء ذكر فى السند المكتوب الذى يثبت العقد أو ذكر عند التعاقد ذاته . وغنى عن البيان أن السبب الذى يذكر فى العقد هو الباعث الدافع إلى التعاقد ، وإن كان الباعث قل أن يذكر فى العقد . ويبدو أن نص المادة ١٣٧ من التقنين الجديد أكثر مسايرة للسبب بمعناه فى النظرية التقليدية ، لا سيما عندما تتحدث المذكرة الإيضاحية عن عبء إثبات عدم وجود السبب . ولكن لا شىء يمنع من أن يذكر السبب بمعنى الباعث فى العقد ، وعندئذ يعتبر هذا السبب المذكور هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على صورية السبب أو على عدم مشروعيته .

قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب . على أن القرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع سمع منه ذلك وكلف هو بإثباته . وله الإثبات بجميع الطرق ، بما فى ذلك البينة والقرائن[1] . وقد كان الفقه[2] والقضاء[3] فى مصر يأخذان بهـذه الأحكام دون نص ، فجاء التقنين الجديد مؤيداً لها كما قدمنا .

ويلاحظ أنه إذا ادعى المدين أن للعقد سبباً غير مشروع وأثبت ذلك ، فعليه أيضاً أن يثبت علم الدائن بهذا السبب . وله إثبات هذا العـلم بجميع الطرق لأنه واقعة مادية .

---

(١) نقض مدنى فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥١ ص ٢٨٤ — وفى ١١ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٢ ص ٥١٧ — استئناف وطنى فى ١٨ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٨٢ ص ١٦١ — محكمة استئناف مصر فى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٤٩ ص ١٠٥ .

وهناك فرق بين عقد غير مذكور سببه وعقد مجرد : الأول إذا أثبت المدين أن له سبباً غير مشروع يكون باطلا كما رأينا ، أما الثانى فلا يبطل ولـكن يدفع بدعوى الإثراء بلا سبب فيتخلص منه المدين إذا كان لم يوفه أو يسترده إذا كان قد وفاه . وقد تقدم ذكر ذلك فى التصرف المجرد .

(٢) دى هلتس ٣ ص ١١٧ فقرة ١٤ — هالتون ١ ص ٢٤١ — والتون ١ ص ١٠٢ — عبد السلام ذهنى فقرة ١٧٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٤٩ — حلمى بهجت بدوى فقرة ١٠٦ — حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٤٥ فقرة ٢٤٤ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٠ مارس سـنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٠ — وفى ٢ فبراير ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥١ — وفى ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٤ — وفى ١٣ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٩٠ — وفى أول أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١١٦ — وفى ١٩ يونية سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٨٣ . [هذا وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد عدم ذكر السبب لا يبطل السند إذ أن التزام المدين قرينة قانونية على توافر السبب المشروع وللمدين نفى هذه القرينة بإقامة الدليل العكسى كما هو شأنه إذا ادعى أن السبب المدون فى سند الالتزام أريد التستر به على سبب غير مشروع إذ حرر لقاء امتناع الدائن عن مزاحمته فى مزاد (يراجع نقض مدنى ١٩٥٠/٤/٦ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى رقم ١٠٢ ص ٤٠٤) .

كما قضت فى حكم آخر (نقض مدنى ١٩٥٤/٤/٨ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٢ ص ٧٥٢) بان مجرد توقيع مصدر السند عليه يفيد التزامه بدفع قيمته ولو لم يذكر فيه سبب المديونية . ذلك بأن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك . ويقع عبء الإثبات على من يدعى انعدام السبب] .

ويستوى فى ذلك ألا يكون السبب مذكوراً فى العقد أو أن يكون قد ذكر سبب صورى وثبت أن السبب الحقيقى غير مشروع كما سيأتى .

٢٩٧ — السبب مذكور فى العقد : وهذا هو الفرض الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ . وقد وضع النص هنا أيضاً قرينة قانونية على أن السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى الذى رضى المدين أن يلتزم من أجله . والقرينة قابلة لإثبات العكس . فاذا ادعى المدين أن السبب المذكور فى العقد ليس هو السبب الحقيقى ، بل هو سبب صورى يستر سبباً غير مشروع ، فله أن يتخذ أحد موقفين : (١) إما أن يقتصر على إثبات الصورية ، وفى هذه الحالة ينتقل عبء إثبات السبب الحقيقى ومشروعيته إلى الدائن[1] . (٢) وإما أن يثبت رأساً أن السبب الحقيقى للعقد غير مشروع .

فإذا أراد أن يثبت صورية السبب . وكانت قيمة التزامه تزيد على عشرة جنيهات ، وجب أن يثبت ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها[2] . ويكون الأمر كذلك أيضاً حتى

---

(١) ومن ذلك نرى أن السبب إذا لم يذكر فى العقد فهو مفروض ، وعلى المدين إثبات العكس . أما إذا ذكر وأثبت المدين صوريته فإن عبء إثبات السبب الحقيقى ينتقل الى الدائن (نقض مدنى فى ٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ — وفى ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٥ ص ٤٦٩) [وبنفس المعنى نقض مدنى ٢/٤/١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٠ ص ٨٤٢] . وانظر فى أحكام القضاء المصرى فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٥٧٩ هامش رقم ٢ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أقر الدائن بعدم صحة السبب الوارد فى سند الدين وذكر سبباً آخر مشروعاً على أنه السبب الحقيقى ، كان إقراره هذا غير قابل للتجزئة ، وكان الالتزام قائماً وصحيحاً ما لم يثبت المدين أن هذا السبب الأخير غير صحيح (١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠ — وفى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٠٩) . [وانظر أيضاً نقض ٧/١/١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض المدنية السنة (١١) رقم ٣ ص ٣٤] .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به ، فإذا كانت سندات الدين مذكوراً فيها أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم اتضح من الرسائل الصادرة من مدعية الدين إلى مدينها فى مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبعدها أنها كانت تستجدى المدين وتشكر له إحسانه وتبرعه لها ، فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلا كتابياً كافياً فى نفى وجود قرض حقيقى (١٠ نوفبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٧ ص ١٣٨ — ويلاحظ أن السبب هنا مفهوم بالمعنى المعروف فى النظرية التقليدية ، ويغنى عنه ركن التراضى على عقد القرض ، فيكون عقد القرض ذاته =

لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات إذا كان السبب الصورى مكتوباً ، لأنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة[1] .

وإذا أراد المدين أن يثبت رأساً عدم مشروعية السبب ، فله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، حتى لو كان السبب الصورى مكتوباً ، ومهما بلغت قيمة الالتزام ، لأن إخفاء عدم المشروعية غش ، والغش يجوز إثباته بجميع الطرق[2] .

= فى هذه القضية هو العقد الصورى ، ولا محل للكلام فى صورية السبب ، إلا إذا اتخذت طبيعة العقد قرينة على سببه ، وهذا ما يقع غالباً) .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الموضوع إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت بالكتابة إلا بالكتابة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائغة التى أوردتها انتفاء المانع الأدبى ، فإن الذى قررته هو صحيح فى القانون (راجع نقض مدنى فى ١٩٥٣/١٢/٢٤ مج سنة ٥ رقم ٤٨ ص ٣١٤)] .

(٢) استئناف مصر الوطنية فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٣٤ — وفى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ — وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٤ ص ٦٩ — استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٩ — وفى ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ — وفى ٣١ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٣ — وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ — هذا وإذا تبين أن سبب السند هو الربا الفاحش فللمدين إثبات ذلك بجميع الطرق لأن السبب غير مشروع (استئناف مصر الوطنية فى ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١٢٦ ص ٣٢٤ — استئناف مختلط فى ٢٥ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ — وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٤٨) . على أن مجرد الادعاء بوجود الربا الفاحش لا يكفى للترخيص فى إثباته ، إذ أنه لا يجوز قبول الإثبات بالبينة على ما يخالف المكتوب ما لم تدل الوقائع الثابتة فى الدعوى على أن هناك قرائن قوية على وجود الربا الفاحش (استئناف وطنى فى ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٩ — وفى ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ — استئناف مختلط فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣١٠ ص ٢٦٣ — وفى ٤ مارس سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣) . فإذا ثبت أن هناك فوائد ربوية ، فعلى الدائن أن يثبت كم كان المقدار المقترض ، فإذا لم يثبت ذلك فإن المحكمة تقبل اعتراف المدين (استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٢ رقم ٣٠٧ ص ٢٦٣ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) .

الفرع الرابع

الجزاء : نظرية البطلان(*)

٢٩٨ — نظرية البطلان فى التقنين القديم وفى التقنين الجديد : بطلان العقد هو الجزاء القانونى على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها ، على النحو الذى بيناه فيما تقدم . ولذلك كان منطقياً أن نتكلم فى بطلان العقد على أثر الفراغ من الكلام فى أركانه .

ولم يكن التقنين القديم يفرد مكاناً لنظرية البطلان ، بل كنا نجد القواعد العامة فى

(*) بعض المراجع : بفنوار ص ٦٤٦ وما بعدها — بنكاز (ملحق بودرى) ٣ ص ١ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٢٨٠ وما بعدها — إيرنج : أعماله المختارة جزء ٢ ص ٣ وما بعدها — هيار فى بطلان الشركات والشركات الواقعية — دروجول (Drogoul) رسالة من إكس سنة ١٩٠٢ — لوايه (Loyer) رسالة من رن سنة ١٩٠٨ — جابيو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ — بييد ليفر (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ — جيبار (Guyard) رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — كافاليوتى (Cavaliotti) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — هلسنار (Hilsenard) رسالة من باريس سنة ١٩٣٢ — لوتزسكو (Lutzesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — برتران (Bertrand) رسالة من ليل سنة ١٩٣٩ — السندور (Alcindor) فى بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — دى سوتو (De Sotto) فى بطلان القرارات الإدارية رسالة من باريس سنة ١٩٤٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٦٥ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٤٥ وما بعدها ومقالاته فى آثار التصرفات الباطلة فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٧٩ وما بعدها و ٤ ص ٣١٧ وما بعدها — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٢٤٦ وما بعدها .

[أضف إلى ما تقدم : بيدان جـ ٨ ص ١٨٧ وما بعدها بند ٢٦١ وما بعده — دى باج جـ ١ بند ٩٠ وما بعده ، جـ ٢ بند ٧٧٥ وما بعده — وجيز القانون المدنى للأستاذين مارتى ورينو جـ ١ بند ١٥٨ وما بعده ، جـ ٢ (المجلد الأول) بند ١٩٦ وما بعده — بونسار فى موسوعة دالوز الحديثة (القانون المدنى) جـ ٣ تحت كلمة « بطلان » — أوبى : فى انعدام القرارات الإدارية رسالة من باريس ١٩٥١ — كايزر : أحوال البطلان المتصلة بالنظام العام — المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٣٣ ص ١١١٥ وما بعدها — وفى الفقه المصرى : جميل الشرقاوى : بطلان التصرف القانونى — رسالة من القاهرة ١٩٥٣ (مطبوعات جامعة القاهرة ١٩٥٦) — الدكتور سليمان مرقس فقرة ٢٢٨ ص ٢٩٦ وما بعدها — الدكتور أنور سلطان فقرة ٢٢٧ ص ٢٧٩ وما بعدها (طبعة ١٩٦٢) — الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٣٨ ص ٢٧٥ وما بعدها] .

البطلان تحتويها نصوص متناثرة فى أمكنة متفرقة متباعدة ، كما هو شأن التقنين المدنى الفرنسى . أما التقنين الجديد فقد عنى بأن يفرد لنظرية البطلان مكاناً خاصاً ، جمع فيه النصوص الرئيسية التى ترسم القواعد العامة فى بطلان العقد (م ١٣٨ — ١٤٤) . ونحن نبسط نظرية البطلان فى هدى هذه النصوص[1] .

٢٩٩ — ضرورة تمييز البطلان عما يقاربه من النظم : ويحسن منذ البداية أن نميز البطلان (nullité) عما يقاربه من النظم . نميز بينه وبين عدم السريان أو عدم النفاذ (inopposabilité) ، وبينه وبين الفسخ (résolution) .

فالبطلان هو انعدام أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين ، وبالنسبة إلى الغير تبعاً لذلك .

وقد يكون العقد صحيحاً ينتج أثره فيما بين المتعاقدين ، ولكنه لا يسرى أو لا ينفذ فى حق الغير[1] . فالعقد الحقيقى فى الصورية صحيح فيما بين المتعاقدين ، غير نافذ فى حق

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى النظرة العامة للبطلان ما يأتى : « اتقى المشروع ما تستهدف له التقنينات اللاتينية من مآخذ حين تجمع بين أحكام البطلان وأسباب انقضاء الالتزامات فى صعيد واحد . وقد نهج فى هذا الشأن نهج التقنين البرازيلى . وجعل للبطلان نظرية جامعة ، فهيأ بذلك مكاناً مناسباً لطائفة من الأحكام تناثرت وانفرط عقدها ، مع ما بينها من سبب جامع . كالنصوص الخاصة بالتزام ناقص الأهلية برد ما تسلمه عند إبطال العقد . وقد استمسك المشروع بتقاليد المذهب اللاتينى فيما استحدث فى هذا الشأن بوجه عام . على أن المذهب الجرمانى لم يعدم أثره فى هذه الناحية . فقد اقتبس المشروع أحكاماً هامة من التقنينين الألمانى والسويسرى . فمن ذلك ... نظرية انتقاص العقود ونظرية تحويل العقود أو انقلابها . وتطبق الأولى عند ورود البطلان المطلق أو النسبى على شق من العقد ، وتطبق الثانية إذا توافرت للعقد الباطل أو القابل للبطلان شروط انعقاد عقد آخر (انظر المادتين ١٣٩ ، ١٤٠ من التقنين الألمانى) . ويراعى من ناحية أخرى أن المشروع قد نص على تقادم دعوى البطلان بانقضاء ثلاث سنوات ، مستلهماً فى ذلك تقنين الالتزامات السويسرى (انظر المادة ٢٢٩ وهى تجعل المدة سنة واحدة) ، هذا فضلا عن التقادم الطويل المقرر بمقتضى القواعد العامة . ويراعى أن مبدأ سريان التقادم القصير فى هذه الحالة يختلف عن مبدأ سريان التقادم الطويل ، ولذلك يكون لهذا التقادم الطويل أثره إذا اكتملت مدته قبل انقضاء أجل السنوات الثلاث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٣ — ص ٢٣٤) .

(١) [انظر فى التمييز بين البطلان وعدم النفاذ : رسالة باستيان (نظرية عامة فى عدم نفاذ العقود) — باريس ١٩٢٩ — وجميل الشرقاوى بند ٥١ ص ١٤١ وما بعدها — حيث أورد تحليلا لرسالة باستيان — وبونسار فى انسكلوبيدى دالوز تحت كلمة « بطلان » بند ٦ ، ٧ — ودى باج جـ ١ بند ١٠٠ و جـ ٢ بند ٧٨٨] .

الغير . والعقد غير المسجل صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لايحتج به على الغير . والعقد الذى أبرمه المدين المعسر إضراراً بحق دائنه صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى فى حق الدائن إذا طعن فيه بالدعوى البوليصية . والبيع فى مرض الموت صحيح فيما بين المتعاقدين ، ولكن لا يسرى فى حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة . بل قد يكون العقد قابلاً للابطال فيما بين المتعاقدين وهو فى الوقت ذاته لا يسرى فى حق الغير . فبيع ملك الغير قابل للابطال فيما بين البائع والمشترى ، ثم هو لا يسرى فى حق المالك الحقيقى ، وقد يجيز المشترى العقد فيزول البطلان ويبقى عدم السريان . والبطلان إذا كان قابلاً للزوال يزول بالأجازة (confirmation) على ما سنرى . أما عدم السريان فيزول بإقرار الغير العقد (ratification) . ويلاحظ فيما قدمناه من الأمثلة أن « الغير » ليس له مدلول واحد فيختلف مدلوله فى مثل عنه فى المثل الآخر [1] .

والفرق بين البطلان والفسخ أن البطلان يرجع إلى عيب فى ركن من أركان العقد ، أما فى الفسخ فأركان العقد سليمة مستوفية لشروطها ، فينشأ العقد صحيحاً ، ثم لا ينفذ أحد المتعاقدين التزامه فيسقط التزام المتعاقد الآخر ، ولذلك لا يكون الفسخ إلا فى العقد الملزم للجانبين [2] .

٣٠٠ — **أنواع البطلان** : لما كان البطلان يعدم العقد ، فإن المنطق يقضى بأن يكون البطلان درجة واحدة لا تقبل التدرج ، إذ العدم لا تفاوت فيه ولكن نظرية

---

(١) ويحسن تمييز سريان العقد أو نفاذه فى حق الغير عن امتداد أثره إلى الغير . فالعقد يمتد أثره إلى الخلف الخاص بشروط معينة ، ومعنى ذلك أن الخلف الخاص يعتبر طرفاً فى العقد فيمتد إليه أثره . أما سريان العقد فى حق الغير ، فمعناه أن الغير لا يعتبر طرفاً فى العقد بل يبقى أجنبياً عنه ، ومع ذلك يتأثر به ويتعين عليه احترامه . وكل من السريان وامتداد الأثر غير الاحتجاج ، فتاريخ الورقة العرفية يحتج به على الغير إذا كان تاريخاً ثابتاً ، والمراد به هنا أن هذا التاريخ لا يؤخذ به فحسب فى حق طرفى الورقة العرفية ، بل يؤخذ به أيضاً فى حق الغير (انظر منصور مصطفى منصور فى البيع والإيجار فقرة ١٦٦ ص ٤٠٠ هامش ١) .

(٢) [انظر فى التمييز بين البطلان والفسخ ، جميل الشرقاوى بند ٥٩ ص ١٦٨] .

البطلان ، مع هذه البساطة المنطقية ، قد تعقدت لاعتبارات تاريخية ، ولاعتبارات ترجع إلى النصوص التشريعية ، ثم لمحاولة الفقهاء أن يقسموا البطلان تبعاً لذلك إلى مراتب متدرجة . ومن ثم قالت النظرية التقليدية بتقسيم ثلاثى للبطلان . وقد هوجمت من ناحيتين مختلفين : فكثرة الفقهاء يكتفون بتقسيم ثنائى ، وبعضهم لا يكفيه التقسيم الثلاثى ويذهب إلى تنوع البطلان مراتب متعددة[١] .

فالنظرية التقليدية تقسم البطلان كما قدمنا إلى مراتب ثلاث: الانعدام (inexistence) والبطلان المطلق (nullité absolue) والبطلان النسبى (nullité relative) . وأساس التقسيم هو وجود أركان للعقد لابد من قيامها حتى يتكون . ولهذه الأركان شروط لا بد من توافرها حتى لا تختل . وركن من هذه الأركان — وهو الرضاء — لا بد أن يصدر من ذى أهلية كاملة وألا يكون مشوباً بعيب حتى يكون صحيحاً . وأركان العقد الرضاء والمحل والسبب ، وكذلك الشكل فى العقود الشكلية ، فإذا انعدم ركن منها كان العقد منعدماً . وشروط المحل أن يكون ممكناً معيناً مشروعاً ، وشرط السبب أن يكون مشروعاً ، فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلا بطلاناً مطلقاً . وإذا صدر الرضاء من ناقص الأهلية أو شابه عيب كغلط أو تدليس أو إكراه ، كان العقد باطلا بطلاناً نسبياً .

وكثرة الفقهاء تنعى على النظرية التقليدية تمييزها بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً[٢] ، إذ التمييز يصطدم مع المنطق وليس بذى فائدة . أما أنه يصطدم مع المنطق فلأن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً ليس له وجود قانونى ، فهو يستوى فى الانعدام مع العقد المنعدم ، ولا يمكن أن يقال إن العقد المنعدم أشد انعداماً من العقد الباطل بطلاناً مطلقاً إذ لا تفاوت فى العدم كما قدمنا . وأما أن التمييز غير ذى فائدة فلأن أحكام العقد

---

(١) [انظر فى هذا الموضوع : جميل الشرقاوى ص ٣٣٠ بند ١١٦ وما بعده] .

(٢) [بيدان جـ ٨ بند ٢٦٣ — وانظر جميل الشرقاوى بند ١١٩ ص ٣٣٧ وبند ١٢٢ و١٢٣ ص ٣٤٤ وما بعدها — حيث أورد خلاصة لانتقادات (دروجول) للنظرية التقليدية] .

الباطل بطلاناً مطلقاً هي عين أحكام العقد المنعدم : كلا العقدين لا ينتج أثراً ، ولا تلحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم . والواقع أن التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق خلقه الفقه الفرنسي في مناسبة عقد الزواج ، إذ قرر هذا الفقه ألا بطلان في هذا العقد دون نص صيانة له من التزعزع . فقامت حالات بطلان لا شك فيها ، ولكن لم يرد في شأنها نص ، كما إذا كان الزوجان من جنس واحد ، وكما إذا تولى العقد من ليست له الصفة الرسمية في توليه . فخلقت نظرية الانعدام حتى تغطي هذه الحالات[1]. وكان الأولى عدم التقيد بالقاعدة الضيقة التي تقضي بأن البطلان لا يكون بغير نص في عقد الزواج ، أو في القليل قصر هذه القاعدة على الزواج فإن طبيعته تغاير طبيعة العقود في دائرة المعاملات المالية .

وهناك من الفقهاء من يذهب — على النقيض مما تقدم — إلى عدم الاقتصار على مراتب البطلان الثلاث التي تقول بها النظرية التقليدية . فإن هذا التقسيم الثلاثي في نظرهم تقسيم ضيق جامد لا يتسع لمختلف الحاجات . وأصحاب هذا الرأي يقولون إن القانون عين شروطاً للعقد حتى ينتج آثاراً معينة ، وكل شرط من هذه الشروط يتطلبه القانون للوفاء بغرض معين ، فإذا اختل شرط كان العقد باطلا في الناحية التي تتلاءم مع هذا الشرط ، فتتعدد وجوه البطلان وتتنوع مراتبه تبعاً للأغراض التي توخاها القانون[2] . ومهما قيل في مرونة هذا الرأي وفي أنه يفسر استعصاء بعض مسائل البطلان على الخضوع للقواعد التقليدية ، كما في إجازة الواهب أو ورثته لهبة لم يتوافر فيها شرط الشكل (م ٤٨٩ جديد) ، وكما في شذوذ بيع ملك الغير وإمكان إجازته بإقرار المالك وهو أجنبي (م ٤٦٧ جديد) ،

---

(١) [أنظر في سبب ظهور نظرية الانعدام : جميل الشرقاوي بند ١١٨ ص ٣٣٥ — وفي التوسع فيها ونقده : نفس المرجع ص ٣٣٦ وما بعدها] .

(٢) أنظر دروجول (Drogoul) في رسالته في النظرية العامة في البطلان ص ٢٠٦ وما بعدها — جابيو (Japiot) في رسالته في بطلان العقود ص ١٥١ وص ١٥٤ .

[وانظر تلخيصاً لآراء (جابيو) في رسالة الدكتور جميل الشرقاوي ص ٣٤٩ بند ١٢٣ — ١٢٤ . وانظر جودميه في الالتزامات ص ١٤٠ وما بعدها] .

وكما فى بطلان عقد الشركة الذى لم يستوف الشكل مع عدم جواز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان على الغير (م ٥٠٧ جديد) ، إلا أن هذه الحالات الخاصة لها ما يفسرها تفسيراً ملائماً ، وهى لا تسوغ نقض القواعد الثابتة المستقرة فى البطلان لتحل محلها قواعد ليس لها من الثبات والاستقرار ما يبرر الاطمئنان إليها[1] .

فالوقوف عند التقسيم الثلاثى خير من تشتت قواعد البطلان فى غير ثبات ولا استقرار . وخير من التقسيم الثلاثى التقسيم الثنائى إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً (ويدخل فيه العقد المنعدم) وعقد باطل بطلاناً نسبياً[2] ، لما قدمناه من عيب التمييز ما بين العقد المنعدم والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً . بل خير من التقسيم الثنائى الرجوع إلى المنطق الصحيح وجعل البطلان درجة واحدة لا تفاوت فيها هى البطلان المطلق . ذلك لأن العقد الباطل بطلاناً نسبياً يمر ، كما سنرى ، على مرحلتين : (المرحلة الأولى) قبل أن يتعين مصيره بالإجازة أو بالإبطال ، ويكون له فى هذه المرحلة وجود قانونى كامل ، فينتج كل الآثار القانونية التى كانت تترتب عليه لو نشأ صحيحاً . (والمرحلة الثانية) يلقى فيها العقد أحد مصيرين ،

---

(١) أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٨١٩ — فقرة ٨٢٠ . [ونظرية العقد للمؤلف بند ٥٧٥ ص ٦٠٨] .

(٢) [انظر : جيل الشرقاوى بند ١٢٠ ص ٣٤٠ — ٣٤١ — وانظر فى بيان مزايا هذا التقسيم : بيدان جـ ٨ فقرة ٢٦٢ ص ١٨٩ غير أن أساس هذا التقسيم الثنائى لا يزال موضعاً للخلاف فالفقه التقليدى يرى أن البطلان يكون مطلقاً إذا تخلف ركن من أركان العقد ، ونسبياً إذا لم تتوفر لركن الرضا أسباب الصحة وهى اكتمال الأهلية وخلو الرضا من العيوب ، غير أن فريقاً من الفقهاء يذهب فى هذا المقام إلى الأخذ بمعيار الغاية من القاعدة القانونية ، فيكون البطلان نسبياً عند مخالفة قاعدة يقصد منها إلى حماية مصلحة خاصة لأحد المتعاقدين ، ويكون مطلقاً إذا كان المقصود هو حماية مصلحة عامة أو حماية النظام العام. وهذا الرأى يمثل الاتجاه الحديث فى الفقه الفرنسى والبلجيكى (انظر دى باج جـ ١ بند ٩٧ و ٩٨ مكرر — جـ ٢ بند ٧٨٠ ص ٧٠٠ — ٧٠٤ وبند ٧٨٩ — ومارتى ورينو جـ ١ بند ١٥٨ وما بعده — جـ ٢ (المجلد الأول) بند ١٩٦ وما بعده — وانظر أيضاً بلانيول وريبير وبولانجيه جـ ٢ بند ٨٢٠ — ٨٢٢) وظاهر أن هذا الرأى يصدر عن نفس الأسس التى قامت عليها نظرية تنوع البطلان وإن كان يختلف عنها فى اكتفائه بتقسيم البطلان إلى قسمين (مطلق ونسبى) — ولذلك يؤخذ عليه ما أخذ على تلك النظرية من أنه يغير أساس البطلان (وهو اختلال ركن فى العقد أو شرط من شروط صحته) ويستبدل به أساساً غير منضبط وهو فكرة المصلحة المقصودة بالحماية] .

فإما أن تلحقه الإجازة أو يتم فى شأنه التقادم فيزول البطلان ويستمر العقد صحيحاً منشئاً لجميع آثاره ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الصحيح ، وإما أن يتقرر بطلانه فينعدم وجوده القانونى انعداماً تاماً وتزول جميع الآثار القانونية التى أنشأها ويكون لهذا كله أثر رجعى ، فلا يعود هناك فرق بينه وبين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً[1] . فالعقد الباطل بطلاناً نسبياً ، كما نرى ، لا يعدو فى مآله أن يكون عقداً صحيحاً إذا لحقته الإجازة أو ورد عليه التقادم ، أو عقداً باطلا بطلاناً مطلقاً إذا تقرر بطلانه . فهو إما عقد صحيح على الدوام ، وإما عقد باطل بطلاناً مطلقاً منذ البداية . والواقع من الأمر أن البطلان النسبى ليس شيئاً مستقلا يقوم إلى جانب البطلان المطلق ، وما هو إلا تعبير مناسب عن حالة عقد يمر على المرحلتين المتقدم ذكرهما ، فيؤول أمره فى النهاية إلى الصحة التامة أو إلى البطلان المطلق . ومن ثم فليس هناك إلا نوع واحد من البطلان ، يندمج فيها البطلان النسبى ، كما اندمج فيه الانعدام[2] .

٣٠١ — تأصيل البطلان : على أن إرجاع أنواع البطلان كلها إلى البطلان المطلق إذا كان يرضى المنطق القانونى ، فهو لا ييسر الصياغة الفنية لنظرية البطلان وما تواجهه من حالات متغايرة تقتضى شيئاً من التنوع . والأولى من ناحية الصياغة المحضة الرجوع

---

(١) [قارن : جميل الشرقاوى بند ١٣٠ و ١٣١ وهامش (١) فى صحيفة ٣٧٠] .

(٢) وقد ورد فى « نظرية العقد » للمؤلف (ص ٦١٨ هامش ١) فى هذا الصدد ما يأتى : « لا توجد هناك ثلاث أحوال للعقد مستقلة بعضها عن البعض الآخر : الصحة والبطلان النسبى والبطلان المطلق ، بل لا توجد إلا حالتان : الصحة والبطلان المطلق . والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد يمر على هاتين الحالتين واحدة بعد الأخرى ، فهو متميز عن العقد الصحيح الذى لا يمر إلا على حالة الصحة ، ومتميز عن العقد الباطل بطلاناً مطلقاً الذى لا يمر إلا على حالة البطلان . ولكن إذا كان العقد الباطل بطلاناً نسبياً متميزاً على هذا النحو ، فالبطلان النسبى نفسه ليس حالة قائمة بذاتها بين الصحة والبطلان المطلق » .

[وانظر فى الدفاع عن وحدة البطلان : جميل الشرقاوى بند ١٣٤ ص ٣٧٣ (وخاتمة الرسالة) — وهو يرى أن لتقرير البطلان صورتين تختص كل منهما بطائفة من أحوال البطلان غير أن ذلك لا يمس جوهر البطلان ولا يغير من طبيعته وهى كونه وصفاً يلحق بالتصرف نتيجة وجود عيب فيه مقارن لنشأته فيجعله غير قادر على إنتاج أثر قانونى — كما أن تأثير البطلان واحدة وإن تغيرت الصورة التى يتقرر بها] .

إلى التقسيم الثنائى ، فيكون العقد باطلا بطلاناً مطلقاً أو باطلا بطلاناً نسبياً ، أو كما يقول التقنين الجديد يكون العقد باطلا أو قابلا للابطال . ونقف عند هذا التقسيم ، على أن نتولى تأصيله .

فالبطلان إما أن يرجع إلى اعتبارات شكلية أو إلى اعتبارات موضوعية . ففى الحالة الأولى يكون العقد الشكلى الذى لا يتوافر ركن الشكل فيه باطلا[1] ، ولكن بالقدر الذى يتطلبه القانون من الشكل . وقد أسلفنا أن الشكل إنما هو من صنع القانون ، والقانون هو الذى يعين له الجزاء الكافى فى حالة الإخلال به . فقد يجعل العقد الذى لم يستوف الشكل المطلوب بطلاناً لا تلحقه الإجازة . وقد يسمح بإجازته كما فى الهبة الباطلة شكلا (م ٤٨٩ جديد) وكما فى الشركة التى لم تستوف الشكل المطلوب (م ٥٠٧ جديد) . وقد يجعل الشكل من المرونة بحيث يقبل أن يستكمل وأن يحتج به فى فرض دون فرض كما فى شركات التضامن والتوصية . فالشكل ، كما قدمنا ، من خلق القانون ، صنعه على عينه ، ويقدمه على القالب الذى يختاره[2] . ونحن فى هذه الدائرة وحدها — دائرة البطلان لعدم استيفاء الشكل المطلوب — نتمشى مع القائلين بتنوع مراتب البطلان .

أما إذا رجع البطلان إلى اعتبارات موضوعية ، فهنا يجب التأصيل عن طريق تحليل عناصر العقد . وقبل ذلك نقول إن البطلان قد يرجع إلى نص فى القانون لحكمة يتوخاها المشرع ، كما فى بطلان بيع ملك الغير (م ٤٦٦ جديد) وفى بطلان تصرف السفيه الصادر قبل تسجيل قرار الحجر (م ١١٥ جديد) . وهذا النوع من البطلان هو بطلان خاص

---

(١) [يلاحظ دى باج (جـ ٢ بند ٧٧٦) أنه تجب التفرقة ما بين بطلان العقد (بمعنى التصرف القانونى) وبطلان العقد (بمعنى المحرر المثبت للتصرف) . فبطلان الورقة لا يؤثر — فى الأصل — على صحة التصرف ذاته ، وإن كان يؤدى إلى صعوبة إثباته (ومع ذلك فقد يثبت التصرف رغم بطلان المحرر بطرق أخرى كالإقرار واليمين ، وقد يعتبر المحرر الباطل بداية ثبوت بالكتابة) . وإنما يتأثر التصرف ببطلان المحرر إذا كان الشكل ركناً فيه] .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١٣٥ فى الهامش .

يتبع فى شأن النص الذى ورد فيه . ولكن البطلان الذى يخضع للقواعد العامة يرجع أكثر ما يرجع إلى اعتبارات موضوعية نتولى الآن تقعيدها .

ذلك أن للعقد أركاناً ثلاثة هى الرضاء والمحل والسبب . فإذا انعدم أى ركن منها فإن العقد لا يقوم طبيعة ، ويكون باطلا . ومثل انعدام الركن اختلال شرطه . فالرضاء يشترط فيه التمييز[1] . وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما ، والمحل يشترط فيه الإمكان والتعيين والمشروعية ، والسبب تشترط فيه المشروعية . فشروط التمييز والتقابل والتطابق فى الرضاء ، وشرط الإمكان والتعيين فى المحل هى شروط طبيعية لا يقوم العقد بدونها . وشرط المشروعية فى المحل وفى السبب هو شرط قانونى لا يقوم العقد أيضاً بدونه . فإذا اختل شرط من هذه الشروط كان العقد باطلا[2] . والبطلان هنا تمليه طبيعة الأشياء أو يفرضه القانون

---

(١) [يرى بعض الشراح أن انعدام الأهلية وإن كان يؤدى إلى البطلان المطلق من الناحية النظرية إلا أنه يتمحض عملا عن بطلان نسبي نظراً لاتجاه القضاء إلى قصر التمسك به على عديم الأهلية نفسه (أو من يمثله) : أنظر دى باج جـ ١ بند ٨١ — وأنظر أيضاً بيدان جـ ٨ بند ٢٦٤ ص ١٩٠ وهامش ٣ — بل يخطو البعض إلى القول بأن انعدام الأهلية (فيما عدا بعض حالات خاصة) لا يؤدى إلى أكثر من البطلان النسبي وذلك تأسيساً على الفكرة القائلة بأنه عندما يتعلق الأمر بحماية مصلحة فردية فإن البطلان يكون نسبياً (انظر ما سبق — هامش صحيفة ٥٣٧ من هذا الكتاب) — وذلك سواء أكان انعدام الأهلية أمراً طبيعياً أو مقرراً بنص قانونى مقصوداً به حماية خاصة — ومع التسليم بأن الأهلية من النظام العام (انظر رسالة الدكتور جميل الشرقاوى ص ٣٤١ هامش ٤) .

وتطبيقاً لنفس الفكرة يقرر البعض أن البطلان النسبي هو جزاء الغلط فى السبب (بالمعنى التقليدى : أنظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ١٩٥) — وقد رأينا أن هذه المشكلة مستبعدة فى التقنين المصرى الجديد (راجع بند ٢٩٢ من هذا الكتاب)] .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً يجمع الحالات التى يكون فيها العقد باطلا ، فنصت المادة ١٩٣ من هذا المشروع على ما يأتى :

« يكون العقد باطلا فى الحالات الآتية :

ا) إذا أبرمه شخص لا أهلية له إطلاقاً .

ب) إذا انعدم فيه الرضا أو المحل أو السبب ، أو إذا لم تتوافر فى المحل أو فى السبب شروطه الجوهرية .

جـ) إذا اشترط القانون فى العقد شكلا يكون باطلا بدونه ولم يستوف العقد هذا الشكل أو إذا أغفل المتعاقدان إجراء شكلياً يعتبره القانون ركناً فى تكوين العقد .

د) إذا ورد فى القانون نص خاص على البطلان » .

=

حماية لمصلحة عامة . والعقد الباطل منعدم طبيعة أو شرعاً ، فلا ينتج أثراً ، ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه ، وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، ولا تصح إجازته ، ولا يرد عليه التقادم .

وهناك ركن فى العقد قد يقع أن يكون قائماً مستوفياً لشروطه ولكن لا تتوافر له أسباب الصحة ، وهذا هو الرضاء . فالرضاء ، كما رأينا ، يكون موجوداً مستوفياً لشروطه حتى لو صدر من ناقص الأهلية وحتى لو صدر عن غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، ولكنه يكون رضاء معيباً غير صحيح . وفى هذه الحالة يقوم العقد مستوفياً أركانه ، فهو منعقد تترتب عليه آثاره . ويبقى أن المتعاقد الذى صدر منه رضاء مختل أو رضاء معيب يكون من حقه أن يحميه القانون إذا هو طلب هذه الحماية . فله وحده أن يطلب إبطال العقد كما له أن يجيزه ، وإذا سكت سقط حقه فى إبطال العقد بالتقادم . ذلك أن هذا الحق فى إبطال العقد إنما قرره القانون لا لحماية مصلحة عامة ، بل لحماية مصلحة المتعاقد الخاصة ، يعالج به ما اعتور رضاءه من نقص [1] .

وليس فيما قدمناه من تأصيل البطلان إلا نتائج منطقية لمقدمات تؤدى إليها ، ومعلولات

= وقد حذفت هذه المادة فى المشروع النهائى « لأن أحكامها منصوص عليها فى المواد السابقة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ فى الهامش) .

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً يجمع الحالات التى يكون فيها العقد قابلا للإبطال . فنصت المادة ١٩٥ من هذا المشروع على ما يأتى :

« يعتبر العقد قابلا للإبطال فى الأحوال الآتية :

ا) إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية .

ب) إذا الرضا غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال .

جـ) إذا ورد فى القانون نص خاص يقضى بأن العقد قابل للبطلان » .

وقد حذفت هذه المادة فى المشروع النهائى « لأن أحكامها منصوص عليها فى المواد السابقة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥ فى الهامش) .

[ويرى الدكتور جميل الشرقاوى أن مسلك المشروع فى المادتين ١٩٣ و١٩٥ يدل على أنه لم يشأ أن يخضع البطلان لمعيار موضوع سلفاً بل عدد حالات البطلان ووزعها على قسميه ، على أساس بحث كل حالة على حدة (ص ٣٤١ هامش ٦) وهو يظن أن هذا هو ما اتبعه المؤلف (الدكتور السنهورى) فى نظرية العقد] .

معقولة لعلل ظاهرة(١) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تفريعاً على ذلك أو كانتفاء الرضا أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً . وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد ، فى حكم الواقع وحكم القانون ، يحول دون انعقاده أو وجوده . وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق . أما البطلان النسبى فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه ولكن ركناً من أركانه هو الرضا يفسد بسبب عيب يداخله ، أو بسبب نقص أهلية أحد العاقدين . ولذلك يكون العقد قابلا للبطلان بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضاءه العيب أو من لم تكتمل أهليته . ومن الجلى أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد فى مرحلتين متتابعتين : الأولى مرحلة الصحة وينتج فيها العقد جميع آثاره ، والثانية مرحلة البطلان ويعتبر العقد فيها باطلا لا حكم له من وقت نشوئه . فليست ثمة مراحل ثلاث ، الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان ، الصحة والبطلان . وقد يقرر البطلان المطلق أو النسبى بمقتضى نص خاص فى القانون » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٥ — ص ٢٥٦) .

هذا ويمكن القول إن القوانين الأخرى ، من قديمة وحديثة ، تعرف تقسيم البطلان إلى مراتب متعددة وتجعل هذه المراتب متدرجة طبقاً لما ينتجه العقد الباطل من الآثار .

فالقانون الألمانى يعرف البطلان المطلق والبطلان النسبى (م ١٤١ — ١٤٢) . بل إن الفقه الألمانى يعرف العقد المنعدم .

ويميز قانون الالتزامات السويسرى بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (م ١١ و ١٩ و ٢٠) والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (م ٢١ و ٢٣ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩) .

والقانون الانجليزى يميز بين العقد الباطل بطلاناً مطلقاً (void) ويدخل فيه العقد المنعدم ، والعقد الباطل بطلاناً نسبياً (voidable) والعقد غير النافذ (unenforceable) . ويريد بالأخير عقداً صحيحاً لا يمكن إثباته طبقاً للقواعد القانونية ، كعقد غير مكتوب لا يجوز إثباته بغير الكتابة . مثل هذا العقد لا يكون باطلا ولا يجوز طلب إبطاله ، ولكن لا تمكن المطالبة بتنفيذه ، على أنه إذا نفذه الملتزم اختياراً فليس له أن يسترد ما دفع . وظاهر أن هذا الفرض هو إحدى حالات الالتزام الطبيعى فى القانونين المصرى والفرنسى ، ولما كان القانون الانجليزى لا يعترف بالالتزام الطبيعى كنظرية عامة ، فقد وضع إحدى حالاته فى نظرية البطلان .

أما الشريعة الإسلامية فلها نظامها الخاص فى تدرج العقد على مراتب متعددة من حيث ظهور أثره . ومراتب العقود حسب تدرجها من الضعف إلى القوة هى العقد الباطل ، ثم الفاسد ، ثم الموقوف ، ثم النافذ ، ثم اللازم وهو أقوى مراتب العقود من حيث ظهور الأثر . — فالعقد الباطل ما ليس مشروعاً لا أصلا ولا وصفاً ، أى ما كان فى ركنه أو فى محله خلل ، وهو لا ينعقد أصلا ولا يفيد الملك فى الأعيان المالية ولو بالقبض . والعقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ، بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولا جهالة فاحشة ، أو يكون العقد خالياً من الفائدة ، أو يكون مقروناً بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد . وهو لا يفيد الملك فى المعقود عليه إلا بقبضه برضا صاحبه . والعقد الموقوف هو ما كان العاقد فيه =

٣٠٢ — *خطة البحث* : والآن نستطيع أن نرسم خطة لبحث نظرية البطلان . فالعقد الباطل والعقد القابل للابطال يمران بأدوار مختلفة منذ نشأتهما إلى أن يتقرر بطلانهما . فقد يترتب عليهما بعض الآثار ، وقد يرد على العقد القابل للابطال الإجازة أو التقادم فينقلب صحيحاً . ولكن فى أكثر الأحوال يطلب ذو الشأن تقرير بطلان العقد فينعدم .

فالأدوار إذن ثلاثة : (١) ترتيب الآثار . (٢) الإجازة والتقادم . (٣) تقرير البطلان. ونتولى بحث كل من هذه الأدوار .

المبحث الأول

الآثار التى تترتب على العقد الباطل والعقد القابل للابطال

٣٠٣ — *الآثار العرضية والآثار الأصلية* : العقد الباطل ليس عملاً قانونياً (acte juridique) إذ هو كعقد لا وجود له ، ولكنه عمل مادى (acte materiel) أو واقعة قانونية (fait juridique) . وهو بهذه المثابة قد ينتج أثراً قانونياً ، ليس هو الأثر الأصلى الذى يترتب على العمل القانونى باعتباره عقداً ، بل هو أثر عرضى يترتب على العمل المادى باعتباره واقعة قانونية . على أن العقد الباطل قد ينتج فى حالات استثنائية أثره الأصلى باعتباره عقداً ، وهذا شذوذ تقتضيه تارة ضرورة استقرار التعامل ، وطوراً وجوب حماية حسن النية .

والعقد القابل للابطال إذا تقرر بطلانه انعدم منذ البداية ، وصار هو والعقد الباطل

= فضولياً تصرف فى ملك غيره بلا إذنه ، أو كان صبياً مميزاً . فلا يظهر أثر العقد الموقوف ولا يفيد ثبوت الملك إلا إذا أجازه المالك فى الصورة الأولى ، والولى أو الوصى فى الصورة الثانية . والعقد النافذ هو ما صدر من ذى أهلية كاملة فيما يملك التصرف فيه . والعقد اللازم هو ما كان خالياً من خيارات أربعة : خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية . ويستخلص من ذلك أن قواعد البطلان فى الشريعة الإسلامية تختلف اختلافاً واضحاً عن قواعد البطلان فى القانون الحديث . (انظر فى نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف الجزء الرابع ص١٣٣ وما بعدها) .

بمنزلة سواء[1] . فإذا قلنا العقد الباطل ، كان المقصود أن يدخل فى مضمونه العقد القابل للإبطال بعد أن يتقرر إبطاله[2] .

ونتناول الآن كلا من الآثار العرضية والآثار الأصلية للعقد الباطل .

المطلب الأول

الآثار العرضية للعقد الباطل

٣٠٤ — استعراض بعض هذه الآثار : قد ينتج العقد الباطل آثاراً باعتباره واقعة مادية كما قدمنا . من ذلك الزواج غير الصحيح ، فهو فى الشريعة الإسلامية لا ينتج آثاره الأصلية كحل التمتع ووجوب النفقة والتوارث ما بين الزوجين ، ولكنه ينتج آثاراً عرضية كوجوب العدة فى بعض الأحوال ووجوب المهر بعد الدخول وثبوت النسب احتياطاً وسقوط الحد ولو مع العلم بالبطلان على خلاف فى الرأى[3] . وهذه الآثار لا تترتب على الزواج باعتباره عقداً ، فهو بهذا الاعتبار باطل لا ينتج أثراً ، ولكنها تترتب عليه باعتباره واقعة مادية . فإذا وقع أن رجلا وامرأة ارتبط أحدهما بالآخر كما لو كانا زوجين ، فالعدة واجبة

(١) [ظاهر مما تقدم أن كلمة « بطلان » — مجردة من أى وصف — تدل فى التقنين المدنى الجديد على ما كان يسمى « البطلان المطلق » — وأن كلمة « القابلية للإبطال » تقابل (البطلان النسبى) — ويرى الدكتور جميل الشرقاوى أن المشرع وإن كان قد أخذ بتقسيم البطلان إلى مطلق ونسبى إلا أنه قد تجنب التسمية الفقهية فى النصوص وكان ذلك عملا موفقاً من جانبه (رسالته : بند ١٣٢ ص٣٧٢)] .

(٢) وقد يكون العقد القابل للإبطال قبل أن يتقرر بطلانه منتجاً لبعض الآثار كواقعة مادية لا كعقد . فهو يصلح أن يكون سبباً صحيحاً ناقلا للملكية يستند إليه الحائز فى التملك بالتقادم الخمسى ، بخلاف العقد الباطل فإنه لا يصلح لذلك . فإذا اشترى شخص عقاراً من غير المالك ، وكان البائع قاصراً ، صلح هذا البيع أن يكون سبباً صحيحاً ، وتملك المشترى العقار بالتقادم الخمسى . وظاهر أن البيع الصادر من القاصر غير المالك يعتبر فى العلاقة ما بين المشترى والمالك الحقيقى واقعة مادية لا عقداً . وهو لا يكون سبباً صحيحاً إلا قبل إبطاله ، أما إذا أبطله القاصر أو المشترى فإنه لا يعود صالحاً لأن يكون سبباً صحيحاً . ويتصور أن المشترى يطلبه إذا كان من مصلحته أن يرجع العقار إلى صاحبه ويرجع بالثمن على القاصر ، لا سيما إذا نزلت قيمة العقار عن الثمن وأمكن المشترى أن يرجع بالثمن على القاصر باعتبار أنه قد أفاد منه إفادة كاملة .

(٣) فتح القدير ٥ ص ٣٠ وما بعدها و ص ٤٠ وما بعدها .

على أثر هذا الاتصال الفعلى ، والبنوة ثابتة بطبيعة الأشـياء ، والمهر بمثابة تعويض عن الدخول ، وسقوط الحد عند من يقولون به يكون للشبهة لا لقيام رابطة الزوجية .

وهناك من الإجراءات ما يكون باطلا ، ولـكنه ينتج بعض الآثار . من ذلك صحيفة الدعوى إذا كلف فيها المدعى عليه بالحضور أمام محكمة غير مختصـة ، فتكون باطلة وهى مع ذلك تقطع التقادم (م ٣٨٣ جديد) . ومن ذلك أيضاً العطاء اللاحق فى المزايدة يسقط العطاء السابق حتى لو كان العطاء اللاحق باطلا (م ٩٩ جديد) .

ومن أهم الآثار العرضية التى ينتجها العقد الباطل أثران يستخلصان من تطبيق نظريتين معروفتين : إحداهما نظرية تحول العقد ، والأخرى نظرية الخطأ عند تكوين العقـد . ونقول كلمة موجزة عن كل منهما :

§ ١ — نظرية تحول العقد(*)

(Conversion du contrat)

ونظرية انتقاص العقد Réduction du contrat

٣٠٥ — النصوص القانونية : لم يكن التقنين القديم يتضمن نصاً يقرر النظرية كمبدأ عام ولـكن القضاء كان يطبقها فى بعض الحالات . أما التقنين الجديد فقد أورد فيهـا نصاً صريحاً هو المـادة ١٤٤ ، وهى تجرى على الوجه الآتى :

« إذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال وتوافرت فيه أركان عقـد آخر ، فإن العقد

(*) بعض المراجع : سالى فى إعلان الإرادة م ١٤٠ فقرة ١ — فقرة ٢٣ — جابيو (Japiot) رسالة من ديجون سنة ١٩٠٩ ص ٦٧٢ وما بعدها — پران (Perrin) رسالة من ديجون سنة ١٩١١ — بييد لييفر (Piedelièvre) رسالة من باريس سنة ١٩١١ ص ١١٦ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى مقال فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٠٥ — ص ٤٣٢ . [أضف : جميل الشرقاوى ص ٤٠١ — بند ١٣٨ — والدكتور أحمد يسرى : فى تحول التصرفات القانونية — رسالة من جامعة هيدلبرج ألمانيا (الترجمة العربية — طبع القاهرة ١٩٥٨)] . وانظر أيضاً للدكتور أحمد يسرى بحثاً فى تحول القرار الإدارى (مجلة مجلس الدولة السنوات ٨ — ٩ — ١٠ صحيفة ٩٠ وما بعدها] .

يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد»[١].

ونظرية تحول العقد نظرية ألمانية ، صاغها الفقهاء الألمان في القرن التاسع عشر ، وأخذ بها التقنين الألماني كقاعدة عامة في نص صريح هو المادة ١٤٠[٢] . وعلى نهج التقنين الألماني سار القانون المدني الجديد .

٣٠٦ — كيف يتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح : وتتلخص النظرية في أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل ، إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للبطلان وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد لو أنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول » . وفي لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفي لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول حذف العبارة الأخيرة من النص ، وقيل في الرد على ذلك بأن المقصود بهذه المادة أن نضع للقاضي معياراً لتحقيق العدالة ، فنحن لا نلزمه بالبحث عن نية المتعاقدين ، ولكنا نطالبه أن يستخلص ما كانت تنصرف إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد ، وهذا التكييف القانوني من القاضي يقع تحت رقابة محكمة النقض على أن يكون مفهوماً أن القاضي يبحث في النية التي كان مفروضاً قيامها قبل النزاع . وانتهت اللجنة إلى الاقتصار على حذف عبارة « لو أنهما كانا يعلمان ببطلان العقد الأول » لأنها تزيد لا محل له ، ولأن المسألة نيط أمرها بالنية ، ولا محل للتقيد بعد ذلك بالعلم أو بأي ظرف آخر ما دام الأمر سيرجع في النهاية إلى تقدير القاضي . وأصبح رقم ١٤٤ — ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٧) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٤٥ (مطابق) — الليبي م ١٤٤ (مطابق) — العراق م ١٤٠ (مطابق) — اللبناني لا مقابل .

(٢) وقد قضت المادة ١٤٠ من التقنين الألماني بما يأتي : « إذا كان العمل القانوني الباطل يفي بشروط عمل قانوني آخر ، فهذا العمل الأخير هو الذي يؤخذ به إذا فرض أن المتعاقدين كانا يريدانه لو كانا يعلمان بالبطلان » . ويجمع هذا النص شروط التحول الثلاثة التي سيأتي ذكرها ، وقد أخذ بالإرادة المحتملة ، لا بالإرادة الاحتياطية ولا بانعدام الإرادة العكسية على ما سيأتي بيانه (أنظر في هذا الموضوع سالي في إعلان الإرادة م ١٤٠ ص ١٥٨) .

التصرف الصحيح . وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً .

ومن الأمثلة على تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح : « كمبيالة » لم تستوف الشكل الواجب فتتحول من كمبيالة باطلة إلى سند عادى صحيح . ومن الأمثلة أيضاً شخص يتعهد تعهداً لا رجوع فيه أن يجعل آخر وارثاً له ، فيكون التعهد باطلا لأن الشريعة الإسلامية لا تعرف عقد إقامة الوارث (institution d'héritier) ، ولكنه يتحول إلى وصية صحيحة يجوز الرجوع فيها . ومن أمثلة التحول كذلك وصية لاحقة لوصية سابقة ، فاذا كانت الوصية اللاحقة باطلة تحولت إلى عدول صحيح عن الوصية السابقة ؛ ومثل هذا تصرف باطل فى شىء كان قد أوصى به المتصرف قبل صدور التصرف ، فيتحول التصرف الباطل إلى أى عدول صحيح عن الوصية .

٣٠٧ — شروط تحول العقد : ويتبين مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح (١) بطلان التصرف الأصلى . (٢) وتضمنه لعناصر تصرف آخر . (٣) وانصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا التصرف الآخر [1] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد تحول العقد ما يأتى : « استقيت أحكام المادة ٢٠٣ (م ١٤٤ جديد) من التقنين الألمانى أيضاً . بيد أن فكرة تحويل العقد أو انقلابه أدق من فكرة الانتقاص التى تقدمت الإشارة إليها . فليس يرد أمر التحويل إلى مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين . بل الواقع أن القاضى يحل نفسه محلهما ، ويبدلهما من عقدهما القديم عقداً جديداً يقيمه لهما . ويشترط لإعمال أحكام التحويل أن يكون العقد الأصيل باطلا أو قابلا للبطلان . فإذا كان صحيحاً فلا يملك القاضى بوجه من الوجوه أن يحل محله عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره . ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذى يقيمه القاضى قد توافرت جميعاً فى العقد الأصيل الذى قام به سبب من أسباب البطلان ، فلا يملك القاضى على أى تقدير أن يلتمس عناصر إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل . ويشترط أخيراً أن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان . ويستخلص مما تقدم أن سلطة القاضى فى نطاق التحويل ليست سلطة تحكمية . فإذا كان يتولى عن العاقدين إعادة إنشاء التعاقد ، إلا أنه يسترشد فى ذلك بإرادتهما بالذات . وليست الشروط الثلاثة المتقدمة سوى قيود قصد بها أن تحد من إطلاق تقدير القاضى على نحو يتيح تقريب الشقة ما أمكن بين نية المتعاقدين المفترضة ونيتهما الحقيقية . ولعل اعتبار الكمبيالة التى لا تستوفى ما ينبغى لها من الشروط الشكلية سنداً إذنياً أو مجرد تعاقد مدنى من أبرز التطبيقات العملية التى يمكن أن تساق فى صدد فكرة التحول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤) .

فيجب أولا أن يوجد تصرف أصلى باطل وتترتب على هذا الشرط نتيجتان : (١) لو أن التصرف الأصلى كان صحيحاً ، فلا يتحول إلى تصرف آخر كان المتعاقدان يؤثرانه على التصرف الأول ، حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر . مثل ذلك هبة صحيحة تتضمن عناصر الوصية ، ويتبين أن كلا من الواهب والموهوب له كان يفضل الوصية على الهبة ، فلا تتحول الهبة إلى وصية فى هذه الحالة ، لأن الهبة وقعت صحيحة ، ولا يتحول إلا التصرف الباطل . (٢) يجب أن يكون التصرف الأصلى باطلا بأكمله . أما إذا كان جزء منه باطلا وكان التصرف قابلا للانقسام ، فلا يكون هناك محل لتحول التصرف ، بل لانتقاصه (réduction) ، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح ؛ وقد نصت المادة ١٤٣ من التقنين المدنى الجديد صراحة على هذا الحكم ، فقضت بأنه « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للابطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للابطال فيبطل العقد كله »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للبطلان ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، أما الباقى من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلا ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للبطلان » . وفى لجنة المراجعة أدخلت بعض تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٤٧ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حذفت عبارة « أما الباقى من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلا » لأن هذه العبارة جاءت على سبيل الإيضاح وهى تقرر نتيجة تستخلص فى غير عناء من النص نفسه ، وأصبح رقم ١٤٣ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٩ — ص ٢٦١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « اقتبس المشروع أحكام المادة ٢٠٢ (م ١٤٣ جديد) من التقنينات الجرمانية ، ومن بينها التقنين الألمانى وتقنين الالتزامات السويسرى والتقنين البولونى بوجه خاص (أنظر أيضاً المادتين ٣٢٧/٣٠٨ من التقنينين التونسى والمراكشى) . وهى تعرض لانتقاص العقد عندما يرد البطلان المطلق أو النسبى على شق منه . فلو فرض أن هبة اقترنت بشرط غير مشروع ، أو أن بيعاً ورد على عدة أشياء وقع العاقد فى غلط جوهرى بشأن شىء منها ، ففى كلتا الحالتين لا يصيب البطلان المطلق أو النسبى من العقد إلا الشق الذى قام به سببه . وعلى ذلك يبطل الشرط المقترن بالهبة بطلاناً مطلقاً ، ويبطل البيع فيما يتعلق بالشىء الذى وقع الغلط فيه بطلاناً نسبياً ، ويظل ما بقى من العقد صحيحاً باعتباره عقداً مستقلا ، مالم يقم من يدعى البطلان الدليل على أن الشق الذى بطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً لا ينفصل عن جملة التعاقد (قارن المادة ١٣٩ من التقنين الألمانى والمادتين =

مثل ذلك قسمة أعيان بعضها موقوف وبعضها مملوك . فتقع قسمة الموقوف باطلة ، وتبقى قسمة المملوك صحيحة ، إلا إذا أثبت من يطعن فى القسمة كلها أنها ما كانت لتتم فى المملوك دون الموقوف . ويتبين من ذلك أن وجود شرط باطل فى وصية ، يكون من شأنه أن يبطل الوصية كلها إذا كان هو الدافع إلى التصرف ، أو يبطل هو وحده إذا لم يكن هو الدافع ، وهو ما يدخل فى نطاق قاعدة انتقاص العقد . ويدخل فى نطاق هذه القاعدة أيضاً ما يشترط فيه القانون أن يقف عند رقم محدود على أن ينقص ما يزيد على هذا الرقم ، كعقد بقاء فى الشيوع اتفق على أن تكون مدته أكثر من خمس سنوات فتنقص المدة إلى خمس (م ٨٣٤ جديد) ، أو عقد قرض بفوائد تزيد على ٧ فى المائة فتنقص الفوائد إلى ٧ فى المائة (م ٢٢٧ جديد) . فى مثل هذه الأحوال ينتقص العقد لا يتحول ما دام قابلا للتجزئة . أما إذا لم يكن قابلا لها فإنه يبطل بأكمله . وقد يكون هناك محل فى هذه الحالة لتحوله إلى عقد آخر صحيح ، كما قد يكون هناك محل فى حالة الانتقاص لتحول الجزء الباطل وحده إلى عقد آخر صحيح . وانتقاص العقد ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، وكان القضاء يأخذ به فى ظل التقنين القديم[1] .

ويجب ثانياً أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الآخر الذى يتحول اليه دون أن يضاف إلى هذا التصرف الآخر عنصر جديد . فإذا اختل هذا الشرط لم يجز

= ٣٢٧/٣٠٨ من التقنينين التونسى والمراكشى ، ومن تلقى عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بصحة ما بقى من أجزاء العقد) . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام التشريعية ليست إلا مجرد تفسير لإرادة المتعاقدين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٠) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٤ (مطابق) — الليبى م ١٤٣ (مطابق) — العراقى م ١٣٩ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

(١) محكمة الزقازيق فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٦٥ ص ٣٣٢ — وانظر فى موضوع الانتقاص مقالا للدكتور حلمى بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٤٠٥ — ص ٤٠٧ — وانظر أيضاً المادة ٢٠ فقرة ٢ من تقنين الالتزامات السويسرى .

[أضف : دى باج ٢ بند ٧٨٦ — مارتى ورينو جـ ٢ (المجلد الأول) بند ٢١١ (فى الإبطال الجزئى)] .

التحول . مثل ذلك شخص باع أرضاً من آخر ، وتبين أن الأرض غير مملوكة للبائع ، فلا يتحول العقد إلى بيع يقع على منزل مملوك للبائع ، حتى لو ثبت أن المتعاقدين كانا يقبلان ذلك لو علما بأن البائع لا يملك الأرض[1] .

---

(١) ومن ثم لا يعد تحولا ما نصت عليه المادة ١٢٤ من القانون المدنى الجديد . وقد رأينا ، تطبيقاً لهذه المادة ، أن الشخص الذى اشترى شيئاً وهو يعتقد أنه أثرى يظل مرتبطاً بالعقد إذا عرض البائع أن يعطيه الشيء الأثرى الذى قصد شراءه (انظر آنفاً فقرة ١٧٨) . وليس فى هذا تحول بيع شيء غير أثرى إلى بيع شيء أثرى ، لأن البيع الثانى أدخل عليه عنصر جديد لم يكن موجوداً فى البيع الأول ، وهو الشيء الأثرى بالذات ، فتخلف بذلك شرط من شروط التحول .

ويحسن فى هذه المناسبة أن نشير إلى وجوب التمييز ما بين تصحيح العقد وتحوله وإجازته . فتصحيح العقد يكون بإدخال عنصر جديد عليه يؤدى قانوناً إلى جعله صحيحاً . فعرض البائع على المشترى أن يعطيه الشيء الأثرى الذى قصد شراءه فى المثل المتقدم يجعل المشترى مرتبطاً بالعقد كما قدمنا ، وإدخال هذا العنصر الجديد — الشيء الأثرى — على العقد قد أدى قانوناً إلى جعل العقد صحيحاً . وفى الاستغلال يجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف المستغل دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن ، فعرض ما يكفى لرفع الغبن هو إدخال عنصر جديد فى العقد أدى إلى تصحيحه . وكذلك الحال فى تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل فى بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية إذا كان فى البيع غبن يزيد على الخمس . ويعتبر أيضاً تصحيحاً لعقد القسمة إكمال نصيب المتقاسم المغبون ما نقص من حصته إذا لحقه غبن يزيد على الخمس . ومن قبيل تصحيح العقد تخفيض الفوائد الاتفاقية إلى ٧ ٪ ، وتخفيض الأجل الاتفاق للبقاء فى الشيوع إلى خمس سنين ، وإن كان التصحيح فى هاتين الحالتين الأخيرتين قد أتى عن طريق انتقاص العقد وهو إجبارى بمقتضى القانون لا اختيارى بإرادة المتعاقد . ويجرى التصحيح ، كما رأينا ، بتغيير فى عنصر من عناصر العقد : إما بإبداله بعنصر جديد كما فى إبدال غير الأثرى بالأثرى ، وإما بزيادة فيه كالتكملة فى حالتى الاستغلال والغبن ، وإما بانتقاص منه كتخفيض الفوائد الاتفاقية وإنقاص الأجل الاتفاق للبقاء فى الشيوع . والتصحيح هو مزيج من تصرف إرادى وعمل مادى يصدر ، بخلاف الإجازة ، من الطرف الذى لم يتقرر بطلان العقد لصالحه . وله أثر رجعى كالإجازة ، فيعتبر العقد المصحح صحيحاً من وقت نشوئه لا من وقت تصحيحه — وتصحيح العقد غير مراجعة القاضى للعقد . فالتصحيح يكون بمقتضى إرادة المتعاقد أو بمقتضى حكم القانون ، أما مراجعة العقد فتكون من عمل القاضى . والتصحيح لا يكون إلا فى عقد نشأ معيباً منذ البداية ، أما مراجعة العقد فقد تكون فى عقد نشأ معيباً كإنقاص الالتزامات فى الاستغلال وفى عقود الإذعان ، وقد تكون فى عقد نشأ صحيحاً كاستكمال القاضى للمسائل غير الجوهرية التى لم يتفق عليها المتعاقدان (م ٩٥ جديد) وكإنقاص الالتزام المرهق فى نظرية الحوادث الطارئة .

أما تحول العقد فهو ، كما رأينا ، استبدال عقد جديد بعقد قديم من غير إدخال أى عنصر جديد ، بل تبقى عناصر العقد القديم كما هى ، وإنما تكييف تكييفاً قانونياً غير التكييف الأول ، فيقع بذلك استبدال العقد الجديد بالعقد القديم . وعدم إدخال أى عنصر جديد هو الذى يميز التحول من التصحيح . =

ويجب أخيراً أن تنصرف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى التصرف الآخر الذى تحول اليه التصرف الأصلى . وليس معنى ذلك أن المتعاقدين أرادا التصرف الآخر إرادة حقيقية ، بل معناه أنهما كانا يريدانه لو أنهما علما بأن التصرف الأصلى باطل[1]. فارادتهما الواقعية انصرفت إلى التصرف الأصلى ، وانصرفت إرادتهما المحتملة إلى التصرف الآخر ، ومن هنا نرى أن القاضى قد استخلص من التصرف الباطل — باعتباره واقعة مادية — عناصر تصرف صحيح انصرفت اليه الإرادة المحتملة للمتعاقدين . فأقام هذا التصرف الباطل ، وجعل ذلك أثراً عرضياً لهذا[2] .

= وأما إجازة العقد فهى ، كما سنرى ، استبقاء العقد القابل للابطال بعناصره كما هى . وفى هذا تتفق الإجازة مع التحول وتختلف عن التصحيح ، مع استبقاء العقد المجاز على تكييفه القانونى الأصلى دون أن يكيف تكييفاً جديداً ، وفى هذا تتفق الإجازة مع التصحيح وتختلف عن التحول .

(١) [أنظر فى تطبيق هذه الشروط على القرارات الإدارية : بحث الدكتور أحمد يسرى الذى سبقت الإشارة إليه . (وأحكام المحكمة الإدارية العليا التى أوردها) . وهو يخلص فيه إلى أن القرار الباطل يتحول إلى قرار آخر صحيح إذا وجد توافق فى العناصر بين القرارين من حيث المضمون والشكل (والاختصاص) متى أمكن افتراض أن إرادة السلطة العامة كانت بحيث تتجه إلى إصدار هذا القرار الثانى لو تبينت العيب المبطل للقرار الأول . وبذلك يمكن إنقاذ الإرادة من مصير البطلان] .

(٢) ويبرر ذلك أن التصرف الصحيح قد قام على الغاية التى قصد إليها المتعاقدان **(volonté téléologique)** كما يقول سالى . فهناك غاية عملية يريد المتعاقدان الوصول إليها ، وقد اختارا لذلك طريقاً قانونياً تبين بطلانه . فإن كان هناك طريق قانونى صحيح يؤدى إلى الغاية ذاتها ، فمن الممكن القول بأنهما كانا يريدان هذا الطريق القانونى الصحيح ، لو أنهما كانا يعلمان ببطلان الطريق القانونى الذى اختاراه ، مادام الطريق الصحيح يؤدى إلى الغاية العملية التى قصداها . فالعبرة إذن بالغاية العملية ، لا بالإرادة القانونية .

هذا وهناك من أنصار نظرية الإرادة الباطنة من يشترط فى التحول أن تنصرف إرادة المتعاقدين احتياطياً إلى التصرف الصحيح الذى تحول إليه التصرف الباطل . فلا تكفى الإرادة المحتملة . بل يجب أن يتوقع المتعاقدان احتمال بطلان التصرف الأصلى فتنصرف إرادتهما احتياطياً إلى التصرف الآخر عند تحقق هذا الاحتمال . والإرادة الاحتياطية هى كما نرى إرادة حقيقية . ويكون المتعاقدان قد أرادا تصرفاً باطلا فى الأصل ، وأرادا تصرفاً صحيحاً على سبيل الاحتياط . فيقوم التصرف الصحيح على إرادة حقيقية لا على إرادة محتملة .

وعلى النقيض من ذلك يوجد من أنصار نظرية الإرادة الظاهرة من لا يتطلب لا إرادة احتياطية ولا إرادة محتملة ، بل يكتفى بانعدام الإرادة العكسية . فيتحول العقد ما لم يتضح من الظروف أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد هذا التحول .

§ ٢ — نظرية الخطأ عند تكوين العقد(*)

(Culpa in contrahendo)

٣٠٨ — كيف يكون هناك خطأ عند تكوين العقد — وما هو جزاء هذا الخطأ :
قد يكون العقد باطلا أو قابلا للابطال ، ويكون سبب البطلان آتياً من جهة أحد المتعاقدين ، أما المتعاقد الآخر فيعتقد صحة العقد ويطمئن ، إلى ذلك ، ويبنى تعامله على هذا الاعتقاد . فإذا تقرر بطلان العقد ، ناله من وراء ذلك ضرر لم يكن فى حسابه . فهل يرجع بالتعويض على من كان سبب البطلان آتياً من جهته ، وعلى أى أساس قانونى يكون هذا الرجوع ؟ هذا هو وضع المسألة فى نظرية الخطأ عند تكوين العقد . ووجه الصعوبة فيها أن العقد باطل ، فليس هناك إذن عقد تؤسس عليه مسئولية المتعاقد الذى أتى سبب البطلان من جهته ، فكيف إذن يمكن الرجوع عليه ؟

ونأتى بأمثلة توضح ما أسلفناه . قد يكون العقد باطلا لانعدام الرضاء ، كشخص يترك خاتمه عند آخر فيوقع هذا به عقداً يطمئن إليه الطرف الآخر ، وكمدير شركة يصدر سندات غير صحيحة يطمئن إليها من يشتريها ، وكالموجب يعدل عن إيجابه قبل أن يتلاقى بالقبول ولكن المتعاقد الآخر يطمئن إلى أن العقد قد تم . وقد يرجع سبب البطلان للمحل أو السبب ، كأن يبيع شخص شيئاً غير موجود أو لم تتوافر فيه شروط المحل ، وكأن يلتزم البائع لسبب غير مشروع ، ولكن المشترى لا يعلم سبب البطلان ويطمئن إلى قيام العقد .

(*) بعض المراجع : إهرنج : أعماله المختارة ج ٢ ص ١ — ص ١٠٠ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٥٣ — فقرة ١٦١ — سالى فى إعلان الإرادة م ١٢٢ فقرة ١ — فقرة ٦ و م ١٤١ فقرة ٥٤ — فقرة ٦٠ — روبيه رسالته فى المسئولية السابقة على التعاقد — لجرو (Legros) فى المسئولية عند بطلان العقد ديجون سنة ١٩٠٠ — رو (Roux) فى التعويض عن بطلان العقد باريس سنة ١٩٠١ — هاسنراد فى الالتزامات التى تنشأ عند إعداد العقد باريس سنة ١٩٣٢ — الدكتور حلمى بهجت بدوى مقاله فى مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣٨٤ — ص ٤٠٥ . [دى باج ج ٢ ص ٥١٦ بند ٥٥٥ — ٥٥٩ وانظر رسالة الدكتور أكثم الخولى فى التعويض العينى (وقد سبقت الإشارة إليها) بند ١٩٥ وما بعده — وبخاصة من بند ٢٠٧] .

وقد يكون العقد قابلا للابطال ، كأن يتقدم قاصر إلى التعاقد ويطمئن من يتعاقد معه إلى صحة العقد ، وكأن يقع أحد المتعاقدين فى غلط لا يشترك معه فيه الطرف الآخر بل يطمئن إلى أن التعاقد صحيح ، وكمن يشترى من غير المالك معتقداً أنه المالك .

ومن هذه الأمثلة ما عالجه القانون بنصوص خاصة . فالموجب الذى يعدل عن إيجابه إذا وصل عدوله إلى الطرف الآخر بعد وصول الإيجاب لم يعتد بالعدول (م ٩١ جديد) . ولا يعتد بعدم مشروعية السبب إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بذلك كما أسلفنا . ويلزم ناقص الأهلية بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته (م ١١٩ جديد) . وإذا شاب التعاقد غلط لم يشترك فيه الطرف الآخر ولم يعلم به ، فالغلط لا يؤثر فى صحة العقد (م ١٢٠ جديد) . وإذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (م ٤٦٨ جديد) .

ولكن فى غير الأمثلة التى ورد فيها نص خاص كيف يستطيع المتعاقد الذى اطمأن إلى صحة العقد أن يرجع على المتعاقد الذى أتى سبب البطلان من جهته ؟ يمكن القول منذ الآن إن العقد الباطل يعتبر واقعة مادية ، إذا توافرت فيها شروط الخطأ التقصيرى ، رجع المتعاقد الذى اطمأن إلى صحة العقد بالتعويض عن هذا الخطأ على المتعاقد الذى أتى من جهته سبب البطلان . ومن ثم يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً ، لا على أساس أنه عقد ، بل على أساس أنه واقعة مادية .

٣٠٩ — نظرية إهرنج فى الخطأ عند تكوين العقد : على أن إهرنج (Ihering) الفقيه الألمانى المعروف واجه هذا الفرض فى صوره المتعددة ، فوضع له نظرية معروفة بنظرية الخطأ عند تكوين العقد (Culpa in contrahendo) . ودعاه إلى ذلك أن القانون الرومانى كان فى ألمانيا هو القانون المعمول به فى عهده . ولم يكن هذا القانون يسلم بأن كل خطأ يرتب مسئولية مدنية ، بل كانت الأعمال الضارة التى توجب التعويض مقيدة بشروط معينة يقضى بها قانون أكيليا (Aquilia) المعروف . فلم يستطع إهرنج

أن يقرر أن العقد الباطل ، كواقعة مادية ، يعتبر خطأ يوجب التعويض . ولكنه نقب في نصوص القانون الروماني فعثر على بعض النصوص التي تقضي برجوع أحد المتعاقدين على الآخر في العقد الباطل بمقتضى دعوى العقد ذاتها[١] . واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشىء التزاماً بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية . ولم يرد الاقتصار على التطبيقات التي وجدها في القانون الروماني ، بل رسم مبدأ عاماً يقضي بأن كل متعاقد تسبب ، ولو بحسن نية ، في إيجاد مظهر تعاقدي اطمأن اليه المتعاقد الآخر بالرغم من بطلان العقد الذي قام عليه هذا المظهر ، يلتزم بمقتضى العقد الباطل ذاته أن يعوض المتعاقد الآخر ما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى العقد ، بحيث يرجع إلى الحالة التي كان يصير اليها لو لم يتعاقد[٢] .

وتتميز نظرية إهرنج هذه بأن كلا من المقومات الثلاثة للمسئولية — الخطأ والعقد والتعويض — يتلون فيها بلون خاص .

أما الخطأ فينحصر في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد ، وكان واجباً عليه أن يعلم بما يحول دون هذا التعاقد من أسباب توجب بطلان العقد . على أنه حتى لو فرض أن هذا المتعاقد كان لا يستطيع أن يعلم بسبب البطلان . فإنه يبقى أن ضرراً قد وقع ، وأن من العدل أن يتحمله هو وقد وجد سبب البطلان في جانبه ، لا أن يتحمله المتعاقد الآخر وهو حسن النية ولم يكن في موقف يستطيع فيه أن يكشف عن هذا السبب . فوجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين هو في ذاته خطأ (culpa) يوجب

---

(١) اهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ١٠ وما بعدها .

(٢) وقد ضرب إهرنج لذلك مثلا : متجر في مدينة كولونيا أبرق إلى مصرف في مدينة فرانكفورت أن يبيع لحسابه عدداً معيناً من السندات . ولكن لفظ « يبيع » بالألمانية (verkaufen) وقع فيه خطأ مادي ، وحذف منه المقطع الأول (ver) فأصبح (kaufen) ، وهذا اللفظ معناه « يشترى » فكان من ذلك أن اشترى المصرف لعميله بدلا من أن يبيع ، ونزل سعر السندات بعد ذلك ، فبلغت الخسارة مبلغاً جسيماً (إهرنج : أعماله المختارة الترجمة الفرنسية جزء ٢ ص ٧ — ص ٨) .

التعويض [(١)] .

وأما العقد الذى أخل به المتعاقد المسئول فقد كان من الممكن تصويره على أنه عقد ضمان التزم بمقتضاه هذا المتعاقد أن يكفل للمتعاقد الآخر صحة التعاقد . ووجه ذلك أن كل شخص أقدم على التعاقد يتعهد ضمناً ألا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد ، ورضاء المتعاقد الآخر أن يتعاقد معه إنما هو قبول ضمنى لهذا التعهد ، فيتم عقد الضمان بإيجاب وقبول ضمنيين . ولكن إهرنج يصطدم هنا أيضاً بقواعد القانون الرومانى ، فهذه القواعد ضيقة فى العقد كما هى ضيقة فى الخطأ . وليس كل إيجاب وقبول فى القانون الرومانى يعتبر عقداً . لذلك لا يقيم إهرنج مسئولية المتعاقد على عقد الضمان هذا ، إذ هو لا يعتبر عقداً كما قدمنا ، بل يقيمها على العقد الباطل ذاته ، ولكن لا كواقعة مادية فليس كل عمل ضار يعتبر خطأ فى القانون الرومانى ، بل كعقد حيث تسعفه مجموعة من النصوص استخلص منها إهرنج قاعدة عامة كما أسلفنا . فإذا قيل إن العقد باطل فرضاً فكيف ينتج أثراً ، أجاب إهرنج بأنه لا يجوز أن يجرد العقد الباطل من كل آثاره ، وإذا نقص العقد ركن أو شرط فأصبح باطلا ، كان معنى البطلان أن العقد لا ينتج من الآثار القانونية ما يقابل هذا الركن أو هذا الشرط . واستشهد إهرنج على صحة هذا الرأى بتطبيقات مختلفة فى القانون الرومانى [(٢)] . وهذا رأى يقرب كثيراً من نظرية تنوع مراتب البطلان التى سبقت الإشارة إليها . ونرى من ذلك أن إهرنج يرتب على العقد الباطل أثراً أصلياً ، لا باعتباره واقعة مادية ، بل على أساس أنه عقد . وهذه الخصيصة هى أبرز خصائص نظريته .

وأما التعويض فلونه الخاص فى نظرية إهرنج هو ألا يكون تعويضاً كاملا كما فى التعويض عن عقد صحيح . فالتعويض عن العقد الصحيح يكون عن المصلحة الإيجابية

---

(١) [انظر الدكتور أكثم الخولى بند ١٧٩ وما بعده (ص ١٧٠ وما بعدها) حيث يعرض رأى القائلين بأن قابلية العقد للإبطال هى جزاء على خطأ أحد المتعاقدين ، أى أنها صورة من صور التعويض عن الضرر الناشىء عن مسلك تقصيرى] .

(٢) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ٢٨ — ص ٣٠ .

(intérêt positif - Erfullungs Interesse) . أما التعويض عن العقد الباطل فيكون عن المصلحة السلبية (intérêt négatif - negative Vertrugs Interesse) — . ويأتى إهرنج بمثل يبين الفرق بين التعويضين : شخص احتجز غرفة فى فندق وتخلف عن الحضور . فإذا كان العقد صحيحاً كان مسئولا عن تعويض المصلحة الإيجابية ، أى عن الضرر الذى أصاب صاحب الفندق من عدم تنفيذ العقد ، فيدفع أجرة الغرفة . أما إذا كان العقد باطلا ومع ذلك اطمأن صاحب الفندق إلى صحة التعاقد ، فلا يرجع إلا بالمصلحة السلبية ، فيطلب تعويضاً عن الضرر الذى أصابه من جراء توهمه صحة العقد ليعود بهذا التعويض إلى الحالة التى كان عليها لو لم يوجد هذا المظهر الخداع من التعاقد . ويترتب على ذلك أنه لا يرجع بتعويض إلا إذا أثبت أن الغرفة قد طلبها آخرون فرفض الطلب لاعتقاده أن الغرفة محتجزة . وقد رأينا فى الحالة الأولى أنه يرجع بأجرة الغرفة سواء طلب الغرفة آخرون أو لم يطلبها أحد . — ويكون التعويض عن المصلحة السلبية أقل عادة من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ويضرب إهرنج لذلك مثلا : تاجر باع عشرة صناديق من « السجاير » ، وكان العقد صحيحاً ولكن المشترى لم ينفذه ، فللبائع أن يطلب تعويضاً عن المصلحة الإيجابية ، أى الربح الذى كان يجنيه من الصفقة والخسارة التى لحقته من عدم تنفيذ العقد كما لو تكبد نفقات فى إرسال الصناديق واستردادها . أما إذا كان العقد باطلا ، بأن كان المشترى لم يطلب إلا صندوقاً واحداً مثلا ولكن وقع خطأ مادى فى الرسالة جعل البائع يعتقد أن المطلوب هو عشرة صناديق ، فإن التعويض الذى يطلبه البائع يكون عن المصلحة السلبية حتى يعود للحالة التى كان عليها لو لم يوجد مظهر هذا التعاقد ، فيرجع بنفقات إرسال الصناديق واستردادها دون المكسب الذى كان يربحه لو تمت الصفقة . فالتعويض عن المصلحة السلبية هنا أقل من التعويض عن المصلحة الإيجابية . — وقد يكون مساوياً له ، وذلك أن التعويض عن المصلحة السلبية ينطوى هو أيضاً على عنصرين : الخسارة التى لحقت الدائن والمكسب الذى فاته . فإذا فرض أنه عرض على التاجر صفقة لبيع الصناديق العشرة بالثمن ذاته وامتنع عن إتمامها ظناً منه أن الصفقة الأولى قد تمت ، ففى هذه الحالة يرجع أيضاً بالمكسب الذى

فاته بالإضافة إلى المصروفات التى أنفقها ، فيستوى التعويضان . وإذا فرض أن الصفقة التى امتنع عن إتمامها كانت تدر عليه ربحاً أكثر من ربح الصفقة الأولى ولكنه رفضها احتراماً لتعاقده الأول ، فإن التعويض عن المصلحة السلبية يكون فى هذه الحالة أكبر من التعويض عن المصلحة الإيجابية . ولكن الظاهر أن الدائن إذا تقاضى تعويضاً عن المصلحة السلبية ، فلا يصح أن يجاوز هذا التعويض حدود التعويض عن المصلحة الإيجابية . وإلا استفاد دون حق من بطلان العقد . — على أن التعويض عن المصلحة السلبية قد يكون فى بعض الفروض منعدماً ، ففى المثال الذى نحن بصدده إذا فرض أن التاجر تبين بطلان العقد قبل أن يرسل الصناديق إلى المشترى وقبل أن تعرض عليه صفقة أخرى ، فإنه لا يتقاضى تعويضاً ما ، إذ لم يفته مكسب ولم يتكبد خسارة[1] .

٣١٠ — **أثر نظرية إهرنج فى القوانين الحديثة** : وقد تأثرت بعض القوانين الحديثة بنظرية إهرنج سالفة الذكر . ونتعقب هذا الأثر فى التقنين الألمانى بنوع خاص . ثم نرى إلى أى حد أخذ بالنظرية كل من التقنين الفرنسى والتقنين المصرى القديم والتقنين المصرى الجديد .

أما فى التقنين الألمانى فقد أخذ المشرع بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، ولكن لا كنظرية عامة ، بل فى مواطن متفرقة . فنص فى المادة ١٢٢ على أنه إذا كان إعلان الإرادة باطلا وفقاً للمادة ١١٨ (إرادة غير جدية) ، أو طعن فيه بالبطلان على أساس المادتين ١١٩ (الغلط) و ١٢٠ (الخطأ فى نقل الإرادة) ، فعلى من صدرت منه هذه الإرادة إذا كانت موجهة إلى شخص معين أن يعوض هذا الشخص ، وإذا لم تكن موجهة لشخص ما أن يعوض أى شخص ، عن الضرر الذى أصابه لاعتقاده صحة الإرادة ، دون أن يجاوز مقدار التعويض حد ماله من المصلحة فى أن تكون الإرادة صحيحة . وينقطع الالتزام بالتعويض إذا كان من أصابه الضرر يعلم أو يجب ضرورة أن يعلم سبب البطلان

---

(١) إهرنج : أعماله المختارة (الترجمة الفرنسية) جزء ٢ ص ١٨ — ص ٢٢ .

أو القابلية للابطال . وهذا النص تطبيق لنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى فروض معينة : فرض الإرادة غير الجدية وفروض الغلط . ونصت المادة ٣٠٧ من التقنين الألمانى على أن الطرف الذى يعلم ، أو يجب ضرورة أن يعلم ، عند إتمام عقد يرمى إلى عمل مستحيل ، باستحالة هذا العمل ، يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذى أصابه من جراء اعتقاده بصحة العقد ، دون أن يجاوز مبلغ التعويض حد المصلحة التى لهذا الطرف فى صحة العقد . على أنه لا محل للالتزام بالتعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم ، أو يجب ضرورة أن يعلم ، بهذه الاستحالة . وهذا النص تطبيق آخر للنظرية فى فرض بطلان العقد لاستحالة المحل ، ويتميز بأنه يشترط فيه خطأ فى جانب الطرف المسئول ، فهو إما أن يكون عالماً باستحالة تنفيذ العقد وفى هذه الحالة يكون سيىء النية ، وإما أن يكون فى استطاعته أن يعلم بهذه الاستحالة وفى هذه الحالة يكون مقصراً ، فهو مخطىء فى الحالتين ومسئوليته مبنية على هذا الخطأ . ونلاحظ أن القانون الألمانى إذا كان قد أخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد فى الفروض التى قدمناها ، فإنه لم يبن المسئولية على خطأ عقدى كما فعل إهرنج ، فقد جعل المسئولية تقصيرية فى الفرض الأخير كما رأينا ، وجعلها مسئولية مادية فى الفروض الأولى .

أما فى التقنين الفرنسى فقد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى الأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد . واستند سالى فى ذلك إلى نص المادة ١٥٩٩ من التقنين الفرنسى ، وهو يقضى بأن بيع ملك الغير باطل ويترتب عليه الحكم إذا كان المشترى يجهل أن الشىء مملوك للغير . فمصدر التعويض فى هذه الحالة ، فى نظر سالى ، لا يمكن أن يكون خطأ من البائع فقد يكون حسن النية ، وإنما هو عقد ضمان يستخلص من ظروف التعاقد ، إذ أن البائع بإقدامه على البيع يكون قد تعهد ضمناً بكفالة صحة العقد[1] . على أن جمهرة الفقهاء الفرنسيين لا تأخذ بنظرية الخطأ عند تكوين العقد ، وترى فى حالة ما إذا كان العقد باطلا أن من

---

(١) سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٦١ — انظر أيضاً فى هذا المعنى بتوسع كبير بودرى وبارد ١ فقرة ٣٦٢ .

أى سبب البطلان من جهته لا يكون مسئولا إلا إذا ثبت خطأ فى جانبه طبقاً لقواعد المسئولية التقصيرية [1] .

والتقنين المصرى القديم كالتقنين الفرنسى لم يؤخذ فيه بنظرية الخطأ عند تكوين العقد [2] .

وكذلك هو الأمر فى التقنين الجديد . بل إن المشروع التمهيدى لهذا التقنين كان قد تضمن نصاً يقرر هذه النظرية ، فحذف النص فى المشروع النهائى « لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها » [3] . وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ من التقنين الجديد تنص على أنه « فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد » ، فليس المقصود من هذا ، كما سنرى ، التعويض عن المصلحة السلبية المعروفة فى نظرية الخطأ فى تكوين العقد ، بل أن يرد كل من المتعاقدين ما تسلمه من الآخر ، دون تعويض عن أية مصلحة إيجابية أو سلبية ، إلا إذا ثبت فى جانب المسئول خطأ تقصيرى ، وإذا تعذر الرد حكم بتعويض معادل . وإذا كانت المادة ١١٩ تنص على أنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . وهذا مع عدم

---

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ١٣١ وفقرة ٣٢٤ — ومع ذلك انظر فقرة ١٨٩ . مازو ١ فقرة ١١٦ — ١٢١ — هالسنراد ص ٧٥ و ص ١٨٩ — ص ١٩٠ . [وانظر أيضاً : مارتى ورينو جـ ٢ (المجلد الأول) بند ٢١٤] .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٥٩٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٣ فى الهامش — وكانت المادة ٢٠٤ من المشروع التمهيدى تجرى على الوجه الآتى : « ١ — إذا كان العقد باطلا أو قابلا للبطلان ، فعلى الطرف الذى يتمسك بالبطلان أن يعوض الطرف الآخر عن الضرر الذى لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد ، دون أن تجاوز قيمة التعويض قدر المنفعة التى كانت تعود عليه لو كان العقد صحيحاً . ٢ — على أنه لا محل للتعويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد فى وقوع هذا البطلان ، أو كان يعلم بسببه ، أو ينبغى أن يعلم به » . *وقد اقترح فى لجنة المراجعة حذف النص لأن نظرية الخطأ عند تكوين العقد نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها ، فوافقت اللجنة على ذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٢ — ص ٢٦٣ فى الهامش) .*

الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته » ، فالتعويض هنا ، كما هو ظاهر ، مبنى على أساس المسئولية التقصيرية ، وهى ترجع إلى الطرق الاحتيالية التى استعملها القاصر ، بحيث لو لم يستعملها لما ألزم بتعويض لا عن مصلحة إيجابية ولا عن مصلحة سلبية . وإذا كانت المادة ٤٦٨ فى بيع ملك الغير قد نصت على أنه « إذا حكم للمشترى بإبطال البيع ، وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » ، فذلك لأن المشرع قد اعتبر أن بيع الشخص لشىء غير مملوك له يعتبر فى ذاته خطأ تقصيرياً يوجب التعويض ، ولو كان هذا الشخص حسن النية .

٣١١ — رفض نظرية إهرنج والرجوع إلى فكرة الخطأ التقصيرى دون الخطأ العقدى : والواقع من الأمر أن نظرية إهرنج كانت من نظريات الضرورة ، قال بها اضطراراً لما ضاق القانون الرومانى عن أن يتسع لحاجات التعامل ، فوسع من فكرة الخطأ ومن فكرة العقد كما رأينا . أما الآن فنحن فى سعة من أمرنا بعد أن تحررنا من قيود القانون الرومانى ، وأصبح كل خطأ موجباً للمسئولية أياً كان هذا الخطأ . فإذا ثبت فى جانب من أتى سبب البطلان من جهته تقصير كان مسئولا ، ولن نحار فى تكييف هذه المسئولية ، فهى مسئولية تقصيرية مبنية على الخطأ الثابت .

على أن نظرية الخطأ عن تكوين العقد نظرية غير صحيحة . فهى بين أمرين : إما أن تجعل قيام سبب البطلان فى جانب المتعاقد خطأ حتما ، وقد يكون هذا المتعاقد يجهل كل الجهل سبب البطلان ولم يرتكب أى تقصير فى ذلك ، فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحمل التبعة منه إلى الخطأ التقصيرى . وإما أن تفرض عقداً ضمنياً بكفالة التعاقد ، ونحن إنما نتأول هذا العقد ونقسر عليه المتعاقد قسراً ولا نتمشى فى ذلك مع نيته الحقيقية . على أن هذا العقد الضمنى لا يستقيم لنا فى كل الأحوال . فلو أن سبب هذا البطلان كان القصر أيكون القاصر ، وهو غير ملتزم بالعقد الصريح الذى تقرر إبطاله لنقص أهليته ، ملتزماً بالعقد الضمنى الذى يكفل به صحة التعاقد ! وأين نقص الأهلية ! ألا يؤثر فى العقد الضمنى

كما أثر فى العقد الصريح ! وقل مثل ذلك فى حالة بطلان العقـد لعدم جدية الإرادة ، فمن كان هازلا فى العقد الصريح ألا يكون أكثر هزلا فى العقد الضمنى ! ثم إن التعويض عن المصلحة السلبية دون المصلحة الإيجابية ينطوى على شىء من التحكم قد يصعب تبريره فى بعض الحالات. كذلك الباقى من المقومات الثلاثة للنظرية — الخطأ والعقد— فى كل منهما انحراف غير مستساغ عن القواعد العامة ، وهو انحراف لم تعد الضرورة تبرره . والقانون الألمانى ذاته لم يأخذ ، كما رأينا ، بالنظرية كقاعدة عامة ، بل قصر النص فيها على حالات معينة ، وهو فى هـذه الحالات حاد عن النظرية فى الصميم منها ، فلم يجعل المسئولية عقدية ، بل جعلها تقوم تارة على تحمل التبعة وطوراً على التقصير ، وقد تقدم بيان ذلك .

فالأولى إذن الرجوع إلى فـكرة المسئولية التقصيرية فى الخطأ عند تكوين العقـد ، واعتبار العقد الباطل واقعة مادية قد تستكمل عناصر الخطأ التقصيرى فتوجب التعويض . ويكون العقد الباطل ، فى هذه الحالة أيضاً ، قد أنتج أثراً عرضياً ، لا باعتباره عقـداً ، بل باعتباره واقعة مادية[1] .

المطلب الثانى

الآثار الأصلية للعقد الباطل

٣١٢ — لأى غرض يرتب العقد الباطل آثاره الأصلية : قد يرتب القـانون فى بعض الحالات على العقد الباطل آثاره الأصلية ، لا باعتباره واقعة مادية كما هو الأمر فى الآثار العرضية . بل باعتباره عقداً ، فيكون هو والعقد الصحيح بمنزلة سواء . وفى هـذا

(١) قارن الدكتور حلمى بهجت بدوى فى أصول الالتزامات فقرة ١٧٤ — فقرة ١٧٩ — ولا يغيب عن البال أننا ، وقد جعلنا المسئولية تقصيرية ، نوجب الأخذ بقواعد هذه المسئولية . فيجب على من يطالب بالتعويض إثبات أن العقد الباطل قد استكمل عناصر الخطأ ، لأن الخطأ واجب الإثبات هنا . ويجب أيضاً أن يلاحظ أن الخطأ التقصيرى يختلف عن الخطأ العقدى فى الأهليـة وفى مدى التعويض وفى الإعذار وفى التضامن وفى الإعفاء الاتفاقى من المسئولية ، وسيأتى بيان هذا كله عند الـكلام فى المسئولية التقصيرية .

خروج صريح على القواعد العامة ، يبرره أن هـذه الحالات ترجع بوجه عام إلى فكرة حماية القانون للظاهر (apparence) لا سيا إذا اصطحب بحسن النية (bonne foi) ، وهذه رعاية واجبة لإستقرار التعامل .

فالظاهر المستقر الذى اطمأنت إليه الناس فى تعاملهم يبقى فى حماية القانون حتى ولو خالف الحقيقة ، ويقوم كما لو كان هو الحقيقة ذاتها . هـذا الأصل الجوهرى من أصول القانون الذى تندرج تحته نظرية الإرادة الظاهرة ونظرية التصرف المجرد ونظرية الصورية ونظرية الأوضاع الظاهرة فى مختلف تطبيقاتها ، يمتد أيضاً ليشمل العقد الباطل فيرتب عليه آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً(1) .

٣١٣ — أمثلة من عقود باطلة ترتب آثارها الأصلية : ونورد بعض الأمثلة على ما قدمناه . فمن ذلك الشركة التجارية التى لم تستوف الإجراءات الواجبة قانوناً ، فإنها تقع باطلة ، ومع هذا فقد قضت المـــادة ٥٤ من التقنين التجارى بأنه إذا قضى ببطلان الشركة ، فإن تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التى تمت قبل طلب البطلان تجرى وفقاً لشروط الشركة التى قضى ببطلانها . وهذا الحكم يجعل عقد الشركة الباطل ينتج آثاره الأصلية كما لو كان عقداً صحيحاً . ووجه ذلك أن الشركة التى قضى ببطلانها تعتبر فى المدة السابقة على الحكم بالبطلان شركة واقعية (société de fait) ، تنتج الآثار التى تنتجها الشركة الصحيحة ، ويعتبر تعامل الغير مع الشركة صحيحاً ، ويجنى الشركاء الربح ويتحملون الخسارة ، ويقتسمون مال الشركة طبقـاً للشروط التى اتفقوا عليها فى العقـد الباطل .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٣٤ من التقنين الجديد من أنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هـذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه

---

(1) [أنظر : الدكتور عبد الباسط جميعى : نظرية الأوضاع الظاهرة (رسالة من القاهرة ١٩٥٦)] .

الرهن». ويتبين من هذا النص أن عقد الرهن الصادر من شخص لا يملك العقار المرهون — إذ أن سند ملكيته قد أبطل أو فسخ أو ألغى أو زال لأى سبب — يبقى بالرغم من بطلانه مترتباً عليه آثاره الأصلية ، ومن أهمها قيام حق الرهن لمصلحة الدائن المرتهن .

وشبيه بذلك المالك إذا فسخ سند ملكيته ، فإن أعمال الإدارة التى صدرت منه قبل الفسخ ، وبخاصة عقود الإيجار التى لا تزيد مدتها على ثلاث سنوات ، تبقى قائمة بالرغم من فسخ سند الملكية بأثر رجعى ، وذلك حماية لاستقرار التعامل فى أعمال الإدارة .

ويتصل بذلك العقد الصورى ، وهو عقد لا وجود له ، ومع ذلك يقوم بالنسبة إلى الغير حسن النية إذا تعامل على مقتضاه(١) . وكالعقد الصورى تصرفات الوارث الظاهر ، فإنها تبقى رعاية لاستقرار التعامل . وهناك تطبيقات أخرى كثيرة للمبدأ القاضى بأن الخطأ الشائع يقوم مقام القانون (error communis facit jus)(٢) .

المبحث الثانى

الإجازة والتقادم

٣١٤ — مقارنة بين العقد الباطل والعقد القابل للإبطال من حيث الإجازة والتقادم : العقد الباطل لا وجود له منذ البداية ، فلا يتصور أن تلحقه الإجازة أو أن يتقادم الدفع ببطلانه . أما العقد القابل للابطال فهو فى مرحلته الأولى ، كما رأينا ، يرتب

---

(١) [انظر نقض مدنى فى ٢٠/٤/١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥١ ص ٣٧٦ — وقد ورد بهذا الحكم أن قضاء محكمة النقض قد جرى على أن للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر ولا يجوز أن يحاج بورقة غير مسجلة تفيد التقايل من الصفقة متى كان لا يعلم بصورية عقد تمليك البائع له ، ولو كان مؤشراً بمضمونها على هامش تسجيل العقد الظاهر المسجل] .

(٢) [انظر فى إيضاح هذا المبدأ وفى تطبيقاته : ديموج جـ ١ بند ٢٧٦ وما بعده — دى باج جـ ١ بند ٤٥ — ورسالة «الأوضاع الظاهرة فى القانون المدنى» للدكتور عبد الباسط جميعى السابق الإشارة إليها) — ومارتى ورينو جـ ١ بند ١٥٩ حيث يشيران إلى أن مبدأ الغلط الشائع ونظرية الأوضاع الظاهرة من شأنهما الحد من أثر البطلان] .

جميع آثاره كالعقد الصحيح ، وإنما يكون لأحد المتعاقدين الحق في طلب إبطاله . ويزول هذا الحق بالنزول عنه ، وهذه هي الإجازة ، أو بانقضاء مدة معينة دون أن يستعمل ، وهذا هو التقادم — فالعقد القابل للابطال إذن ، خلافاً للعقد الباطل ، تلحقه الإجازة ويرد عليه التقادم[1].

ونفصل الآن ما أجملناه .

المطلب الأول

الإجازة (Confirmation) *

§ ١ — العقد الباطل

٣١٥ — العقد الباطل لا تلحقه الإجازة : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ من

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وتظهر أهمية التفريق بين البطلان المطلق والبطلان النسبي من وجوه : . . . . (ب) وما دام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً ، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة . ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للبطلان ، فهي تصحح بالإجازة ، ولو كانت ضمنية ، بشرط أن تتوافر شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ المتعاقد القاصر سن الرشد وقت الإجازة مثلا) وأن تكون الإجازة ذاتها منزهة عن العيب إذ ينبغي أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها باعتبارها تصرفاً قانونياً . وإذا كان أثر الإجازة يستند ، أو ينعطف على الماضي ، إلا أنها لا تضر بحقوق الغير . فلا تضر الإجازة مثلا من يشترى عقاراً كان قد سبق للمالك بيعه ، إذا كان الشراء قد تم بعد صدور البيع الأول وقبل إجازة هذا البيع . ولما كان التدليس والإكراه من قبيل الأفعال الضارة التي تلحق بها صفة التقصير المدني ، فيظل مرتكبهما مسئولا عما وقع منه بمقتضى القواعد العامة ، رغم إجازة العاقد الآخر للتعاقد ، ما لم تنطو الإجازة على إسقاط هذه المسئولية . (ج) وما دام العقد المطلق البطلان معدوماً ، أو غير موجود ، فلا يتصور أن يرد عليه التقادم . وعلى النقيض من ذلك ينعدم البطلان النسبي بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ إنشاء العقد ، أو بانقضاء ثلاث سنوات من تاريخ زوال نقص الأهلية أو تبين الغلط أو التدليس أو انقطاع سلطان الإكراه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٦ — ص ٢٥٧) .

* [يراجع : بيدان جـ ٨ بند ٢٢٨ — دى باج جـ ٢ بند ٧٩٢ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٢٠١ — بولنجر في موسوعة دالوز (مدنى) جـ ١ تحت كلمة « إجازة » — جميل الشرقاوى ص ٣٨٤ — ٣٩٣] .

التقنين الجديد على أنه «إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة »[1] .

والعقد الباطل لا تلحقه الإجازة لأنه معدوم[2] ، والعدم لا يصير وجوداً ولو أجيز . وإذا كانت المادة ٤٨٩ من التقنين الجديد قد نصت على أنه « إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب فى الشكل ، فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلموه » ، فإن ذلك يحمل على أن القانون هو الذى يعين الجزاء على مخالفة الشكل كما قدمنا ، فيجوز أن يجعل العقـد الباطل لعيب فى الشكل قابلا لأن تلحقه الإجازة . أو يقال إن الهبة الباطلة من ناحية الشكل يتخلف عنها ، بالنسبة إلى الواهب وإلى ورثته ، التزام طبيعى ، إذا قام أحد منهم بتنفيذه مختاراً كان هـذا وفاء لا يسترد طبقاً لقواعد الالتزام الطبيعى[3] .

٣١٦ — *ولكن يجوز عمله من جديد* : وإذا كان العقد الباطل لا تلحقه الإجازة ، فإن هذا لا يمنع من أن يعاد عمله من جديد . وهناك فرق بين الإجازة (confirmation) وعمل العقد من جديد (refection)[4] . فالإجازة ، كما سنرى ، عمل قانونى صادر من جانب واحد هو المجيز ، ولها أثر رجعى يستند إلى وقت نشوء العقد المجاز . أما عمل العقد من جديد فيقتضى توافق الإرادتين لأنه عقد جديد ، ويكون تاريخ هذا العقد من وقت

---

(١) انظر تاريخ النص فيما يلى (فقرة ٣١٩ فى الهامش) .

(٢) [ولهذا لا تجوز إجازة العقد الذى يكون بطلانه راجعاً إلى تخلف المحل أو عدم مشروعية السبب أو انعدام الرضاء : انظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ٢٠١] .

(٣) وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأن الهبة الباطلة شكلا ليست مجردة من كل الآثار القانونية ، إذ ينشأ عنها التزام أدبى فى ذمة الواهب ، بمعنى أنه إذا أوفاه لا يستطيع استرداده ، وبمعنى أنه ينقلب التزاماً مدنياً إذا حصل استبداله (٣٠ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٢٤ ص ٦٥٣) .

(٤) كما يوجد فرق بين هذين وبين إقرار العقد (ratification) . فإقرار العقد عمل قانونى صادر من جانب المقر ، وهو من الغير ، فيجعل العقد بهذا الاقرار سارياً فى حقه ، كالمالك يقر بيع الغير للملكه ، وكالموكل يقر عقداً أبرمه الوكيل مجاوزاً فيه حدود الوكالة . [وانظر دى باج جـ ٢ بند ٧٩٣] .

صدوره لا من وقت صدور العقد الباطل . ولذلك يجب توافر الأهلية فى كل من المتعاقدين وقت عمل العقد الجديد ، ويكتفى بتوافرها فى المجيز وقت الإجازة .

§ ٢ — العقد القابل للابطال

٣١٧ — العقد القابل للابطال تلحقه الإجازة : نصت المادة ١٣٩ من التقنين الجديد على ما يأتى :

« ١ — يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية » .

« ٢ — وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير »[1] .

وقد قدمنا أن الإجازة تلحق العقد القابل للابطال لأن له وجوداً قانونياً ما دام بطلانه

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٩٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — العقد الباطل بطلاناً نسبياً تصححه الإجازة الصريحة كما تصححه الإجازة الضمنية . وتتحقق الإجازة على الأخص إذا نفذ العقد مختاراً من له الحق فى طلب البطلان وهو عالم بذلك . ويشترط لإجازة العقد أن تتوافر فيه وقت الإجازة الشروط اللازمة لصحته ، وأن تكون الإجازة ذاتها خالية من كل عيب . ٢ — وتنسحب الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير » . وفى لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، وأصبح رقم المادة ١٤٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ تقرر أن تكون الفقرة الأولى من المادة كما يأتى : « يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية » مع حذف بقية الفقرة لأن فى القواعد العامة ما يغنى عن إيرادها . ثم انتقلت اللجنة إلى الفقرة الثانية من المادة فتساءل الرئيس كيف تخل الإجازة بحقوق الغير ، فأجيب بأن ذلك يتحقق مثلا فى حالة شخص باع منزله مرتين وكان البيع الأول قابلا للابطال ، فرأى البائع إجازة هذا العقد ، فالمشترى الثانى تجب حمايته لأن التصرف الثانى يعتبر بمثابة تنازل عن حق الإجازة ، ولذلك يجب عدم نفاذ الإجازة فى حق المشترى الثانى . وبعد مناقشة طويلة انتهى رأى اللجنة إلى استبقاء الفقرة الثانية متضمنة عبارة « دون إخلال بحقوق الغير » ، وأقرت اللجنة النص فى النهاية على الوجه الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٣٩ — ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٠ — ص ٢٤٦) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٠ (مطابق) — الليبى م ١٣٩ (مطابق) — العراقى م ١/١٣٦ (موافق) — اللبنانى م ٢٣٦ — ٢٣٧ (موافق) .

لم يتقرر ، وإن كان هذا الوجود مهدداً بالزوال ، فإذا لحقته الإجازة استقر[1].

والإجازة عمل قانونى صادر من جانب واحد ، فلا حاجة لاقتران قبول بها ، ولا يمكن الرجوع فيها بحجة أن القبول لم يصدر[2].

والذى يجيز العقد هو الذى يثبت له الحق فى التمسك بالبطلان . فناقص الأهلية ومن شاب رضاءه عيب هما اللذان تصدر منهما الإجازة . وهذا ما يقضى به المنطق القانونى ، لأن الإجازة نزول عن التمسك بالبطلان ، ولا ينزل عن الحق إلا من يملكه[3] . ويجب فى المجيز وقت الإجازة أن يكون كامل الأهلية بالنسبة إلى العقد الذى يجيزه[4] ، وألا تشوب الإجازة — وهى عمل قانونى كما قدمنا — عيب من عيوب الإرادة ، غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ومن أجل ذلك لا تصح الإجازة إلا إذا زال السبب الذى قرر القانون من أجله البطلان . فناقص الأهلية لا يستطيع إجازة العقد ما دام ناقص الأهلية ، فإذا استكمل أهليته جاز له ذلك . ومن شاب رضاءه عيب لا تكون إجازته صحيحة ما دام تحت تأثير هذا العيب ، حتى إذا انكشف الغلط أو افتضح التدليس أو ارتفع

---

(١) [قضت محكمة النقض بأن الإجازة ليست منشئة للحق بل هى إزالة للمانع الذى منع من نفاذ التصرف : نقض مدنى ٧/٢/١٩٥٧ — مجموعة أحكام النقض السنة ٨ رقم ١٥ ص ١٢٦ — كما قضت بأن الأصل هو الصحة فى التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر وكذلك الإجراءات القضائية المتعلقة بها التى يباشرها القاصر أو نائبه الذى ينقصه الإذن فى مباشرتها ، ما لم يقض بإبطالها ، لمصلحة ناقص الأهلية دون الطرف الآخر : نقض مدنى ١٤/١٢/١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٢ رقم ٣١ ص ١٦٢] .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥ .

(٣) وشذ بيع ملك الغير ، إذ يجوز فيه أن تصدر الإجازة من المالك الحقيقى مع أنه لا يملك التمسك بالبطلان . ويفسر هذا علة البطلان فى بيع ملك الغير ، وهى ترجع إلى أن هذا البيع لا ينقل الملكية إلى المشترى ، فإذا أجاز المالك الحقيقى العقد لم يعد هناك مانع من انتقال الملكية ، فتنتفى علة البطلان ، فيزول .

(٤) [انظر نقض مدنى ٢/٢/١٩٥١ (مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٥ ص ٢٨٩) : الإجازة تصرف قانونى يتضمن إسقاطاً لحق فلا يملكها من كان ناقص الأهلية . ولهذا فإن الإجازة الصادرة من القاصر بعد قرار المجلس الحسبى باستمرار الوصاية عليه تكون عديمة الأثر قانوناً] .

الإكراه صحت الإجازة بعد ذلك[1].

وتكون الإجازة صريحة أو ضمنية[2]. ولا يشترط فى الإجازة الصريحة أن تشتمل على بيانات معينة (قارن م ١٣٣٨ من التقنين المدنى الفرنسى)، بل كل عبارة يفهم منها الإجازة تصح[3]، بشرط أن تكون نية المجيز فى الإجازة واضحة[4]. والإجازة الضمنية تكون بتنفيذ العقد من جانب من له الحق فى التمسك بالبطلان[5]، أو بإتيانه عملا مادياً يدل على نزوله عن التمسك بالبطلان[6]، أو بتصرفه تصرفاً يفهم منه بوضوح أنه أجاز العقد كما

(١) [انظر دى باج جـ ٢ بند ٧٩٦ — ومارتى ورينو جـ ٢ بند ٢٠٢ وحكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٩٤٨/٣/١٦ — المشار إليه فى هذا المرجع — ويلخص مارتى ورينو الشروط الموضوعية للاجازة فى أن الإرادة يجب أن تكون سليمة ومسببة . ذلك بأن الاجازة كأى عمل قانونى يجب أن يكون لها سبب ، بمعنى أن يكون المجيز عالماً بالعيب وقاصداً تصحيحه] .

[واظر نقض مدنى ١٩٥٣/١١/٢٦ (مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣ — حيث قضى بأن الاجازة التى تصحح العقد القابل للبطلان هى التى تصدر ممن يملكها وهو عالم بالعيب الذى يشوب العقد ، وأن يكون قاصداً إجازته . فمجرد توقيع سيدة على محضر جرد التركة بصفتها الشخصية وبصفتها وصية على ابنتها القاصر لا يفيد إجازتها للعقد الصادر من مورثها ، ذلك أنها ما كانت تملك إجازة العقد بصفتها وصية دون إذن من المجلس الحسبى ، كما أن مجرد توقيعها على محضر الجرد لا يفيد أنها كانت تعلم بأن العقد الصادر من مورثها قد صدر منه وهو ناقص الأهلية وأنها أرادت من التوقيع إسقاط حقها فى الطعن على ذلك العقد] .

(٢) [انظر : دى باج جـ ٢ بند ٧٩٧ وما بعده] .

(٣) [انظر فى الاتفاق على عدم التمسك بالبطلان : مقال (بوزا) Bouzat فى المجلة الاقتصادية سنة ١٩٣٤ ص ٣٥٠ وما بعدها] .

(٤) استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٧ — وفى ٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ — والتون ١ ص ١٤٩ .

(٥) استئناف مختلط فى ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥٨ — وفى ٢ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣١ .

(٦) كبنائه على الأرض التى اشتراها . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن استيلاء الشريك على الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه بعد القسمة وقيامه فيه بالأعمال التى يقوم بها المالك فى ملكه بعد أن كشف العيب الذى شاب عقد القسمة يعتبر إجازة ضمنية للعقد (٢٩ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤١٧) — كذلك يعد إجازة ضمنية للقسمة استيلاء القاصر بعد بلوغه سن الرشد على ريع الجزء المفرز الذى وقع فى نصيبه فى قسمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية وقت أن كان قاصراً ، واستمراره مدة طويلة على هذه الحال .

إذا اشترى قاصر عيناً وبعد البلوغ تصرف فيها باعتباره مالكاً وهو عالم بأن له حق إبطال العقد الذى اشترى به العين[1]. وعبء إثبات الإجازة يقع على الطرف الآخر غير

=[وانظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ٢٠٢ ص ١٨٥ حيث يتساءلان عما إذا كان السكوت عن التمسك بالبطلان إلى أن تمضى مدة التقادم يمكن اعتباره إجازة ضمنية . وانظر دى باج جـ ٢ بند ٨٠٠ حيث يرى أن الاجازة فى هذه الحالة تكون مفترضة ولكنه افتراض يقبل الدليل العكسى لأن البطلان يمكن التمسك به دائماً عن طريق الدفع] .

(١) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص٢١٥ . وتصرف البائع فى الثمن إجازة ضمنية لبيع قابل للابطال (استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٦٥) . وسماح القاصر بعد بلوغه سن الرشد لوكيله بالاستمرار فى الإدارة إجازة ضمنية لعقد الوكالة (استئناف مختلط فى ٢٧ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١١٤) . وانضمام القاصر بعد بلوغه سن الرشد لابيه فى طلب قسمة عقار مشترك بينهما إجازة ضمنية لقسمة تمت دون مراعاة الإجراءات القانونية قبل بلوغ القاصر سن الرشد (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٧٥) . واستئجار القاصر بعد بلوغه سن الرشد للعقار الذى باعه وهو قاصر إجازة ضمنية للبيع (استئناف وطنى فى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥٣ ص ١٢٣) [وتوقيع القاصر بعد بلوغه سن الرشد على عقود البيع الصادرة من المتقاسمين معه والمشار فيها إلى أن أصل التمليك يرجع إلى عقد القسمة الذى أبرمه وهو قاصر ، يعتبر إجازة ضمنية للقسمة (نقض مدنى ١٩٦٢/٥/٣ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٩ ص ٥٨٥)] .

ولا يعتبر تنفيذ الالتزام مع التحفظ الصريح إجازة ضمنية (استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ م ١٩ ص ٤٥) — ومجرد السكوت عن طلب البطلان لا يعتبر إجازة مهما طالت المدة ، إلا إذا سقط الحق بالتقادم (استئناف مختلط فى ٣ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص١٤٦ — وفى ١٥ يونية سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٢) ، مالم يفهم من هذا السكوت أن المتعهد قد نزل عن طلب البطلان (بنى سويف الجزئية فى ٣١ مارس سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٥ ص ١٣٣) — ولا يعتبر إجازة ضمنية أن يدفع المتعاقد بوجه من وجوه البطلان ويترك الوجوه الأخرى (استئناف مختلط فى ٢٦ مايو سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٨٥) ، ولا دخول المتعاقد فى مفاوضات الصلح لم تكن منتجة (اسكندرية المختلطة التجارية فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ جازيت ١٦ رقم ١ ص ٤) ، ولا الإمضاء على محضر حصر التركة المشار فيه إلى العقد القابل للابطال ما دام من أمضى لا يقصد بإمضائه إجازة العقد . [انظر حكم نقض ١٩٥٣/١١/٢٦ — المشار إليه فيما سبق (هامش ١ ص ٥٦٨) — وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن الطعن بالتزوير على العقد لا يحول دون طلب بطلان التصرف لعيب فى أهلية المتصرف بعد الإخفاق فى الادعاء بالتزوير لاختلاف نطاق مرمى كل من الطعنين [فهذا متعلق بالتصرف وذاك بالمحرر المثبت له] ولأن الطعن بتزوير العقد لا يتضمن فى ذاته إقراراً من الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد نزوله عن حقه فى الطعن بعد ذلك فى التصرف ذاته لعيب فى هذه الأهلية : نقض مدنى ١٩٦٢/٢٢/١٥ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٤١ ص ٢٦٨] .

المجيز[1]، ولما كانت الإجازة غير صادرة منه فله أن يثبتها بجميع الطرق ولو بالبينة أو بالقرائن[2].

٣١٨ — أثر الإجازة : وإذا أجيز العقد القابل للابطال ، زال حق المتعاقد فى التمسك بإبطال العقد واستقر وجود العقد نهائياً غير مهدد بالزوال . وهذا معناه أن العقد ينقلب صحيحاً بوجه بات . ويعتبر صحيحاً من وقت صدوره لا من وقت الإجازة ، لأن للاجازة أثراً رجعياً[3] . ولكن هذا الأثر لا يكون إلا فيما بين المتعاقدين ، لا بالنسبة إلى الغير ممن كسب حقاً عينياً على الشيء موضوع العقد[4] . فلو أن قاصراً باع عيناً ، وبعد بلوغه سن الرشد وقبل إجازته للبيع رهن العين ، فإن إجازته للبيع بعد ذلك لا تضر الدائن المرتهن . وتنتقل العين إلى المشترى مثقلة بحق الرهن[5] .

---

(١) [انظر دى باج جـ ٢ بند ٨٠١ — وقد قضت محكمة النقض بأن عبء إثبات الإجازة يقع على عاتق مدعيها (نقض مدنى ٢٦/١١/١٩٥٣ — مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٨ ص ٢٠٣)] .

(٢) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٦ [وانظر دى باج جـ ٢ بند ٨٠١] — وقارن دى هلتس — ١ — : لفظ "confirmation" — فقرة ١٢ . [على أنه إذا كانت الاجازة صريحة ، وجب تطبيق القواعد العامة فى شأنها ، من حيث عدم جواز إثباتها بالبينة متى كانت قيمة التصرف أكثر من عشرة جنيهات (انظر الجزء الثانى من الوسيط بند ٢٩٣) وإنما يجوز إثبات الاجازة بكافة الطرق إذا كانت مستفادة من واقعة مادية إذ ينصب الإثبات فى هذه الحالة على تلك الواقعة الدالة على الإجازة] .

(٣) [يرى بعض الشراح أنه ليس للاجازة أثر رجعى لأن العقد صحيح مالم يبطل . والإجازة تؤدى إلى استمراره فى إنتاج أثره كعقد صحيح . وإنما يسند الأثر الرجعى للابطال : انظر دى باج جـ ٢ بند ٨٠٢ ص ٧٢٥ وهامش ٥ و ٦ وحشمت أبوستيت آخر بند ٢٦٥] .

(٤) [انظر : دى باج جـ ٢ بند ٨٠٢ و ٨٠٣] .

(٥) ويبرر بعض الفقهاء هذا الرأى على أساس أن من تصرف إليه القاصر ينتقل إليه (نتيجة لذلك) الحق فى التمسك بالبطلان ، فلا يضار بالإجازة لأنها تزول عن حق الإبطال وقد تجرد منه وحوله إلى من تصرف له ، فتكون بهذه المثابة تنازلاً عن الحق ممن لم يعد يملكه [راى مورلون جـ ٢ بند ١٠٩٤ (رابعاً) وقد أورده بودرى وبارد جـ ٣ بند ٢٠٢٥ — وانظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ٢٠٣ — ودى باج : المرجع السابق فى نفس الموضع] .

ومن الفقهاء من يقول بعكس هذا الرأى على التخريج الآتى : البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يتقرر بطلانه ، ولذلك تنتقل الملكية إلى المشترى ، ويكون الرهن الصادر من القاصر بعد بلوغه سن الرشد

والإجازة لا تتناول إلا العيب المقصود بهذه الإجازة . فإن كانت هناك عيوب أخرى بقي باب الطعن مفتوحاً من أجلها . ومن ثم إذا تعاقد قاصر وكان واقعاً في غلط ، وأجاز العقد بعد بلوغ سن الرشد فيما يتعلق بنقص الأهلية ، بقي له الحق في إبطال العقد للغلط .

المطلب الثاني

التقادم

§ ١ — العقد الباطل

٣١٩ — دعوى البطلان تسقط بالتقادم : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤١ من التقنين الجديد على ما يأتي : وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد[1] .

= صادراً من غير مالك ، فلا يسري في حق المالك وهو المشتري ، وبعد إجازة البيع تنتقل العين نهائياً إلى المشتري خالية من الرهن (بلانيول ٢ فقرة ١٣٠٢) .

[وانظر أيضاً بودري وبارد جـ ٣ بند ٢٠١٥ — ٢٠٢٣ — ولوران جـ ٢٨ بند ٦٥٧] .

هذا وإذا كان العقد القابل للإبطال من شأنه أن يشهر حتى يصير حجة على الغير ، فلا حاجة لإعادة شهره بعد إجازته ، ويبقى الشهر الأول حافظاً لحجيته (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٠٤ ص ٤١٨ — بودري وبارد ٣ فقرة ١٩٩٢) .

(١) تاريخ النص (المادة ١٤١ بفقرتيها) : ورد هذا النص في المادة ١٩٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « للمتعاقدين وللخلف العام والخاص وللدائنين التمسك بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة ، كما أن للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها . وهذا البطلان لا تلحقه الإجازة ولا يزول بالتقادم » . وفي لجنة المراجعة عدل صدر المادة واستعملت عبارة « كل ذي مصلحة » لأنها أكثر شمولا من التعبير الوارد في النص الأصلي . وطرحت مسألة زوال البطلان بالتقادم ، وبعد المناقشة والرجوع إلى الاستفتاءات قررت اللجنة أن تسقط دعوى البطلان بالتقادم ، ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط . مثال ذلك هبة باطلة شكلا إذا لم يسلم الواهب الشيء الموهوب ، ومضى على الهبة أكثر من ١٥ سنة ، ورفع الموهوب له دعوى يطالب بالموهوب بمقتضى عقد الهبة الباطل ، فللواهب أن يدفع بالبطلان حتى بعد مرور ١٥ سنة . أما إذا كان الواهب في هذا المثال قد سلم الهبة للموهوب له بعد سنتين مثلا من وقت العقد ، ثم انقضت ١٣ سنة من وقت التسليم ، وأراد الواهب أن يرفع دعوى ببطلان الهبة ، فلا يجوز له ذلك ، لأن دعوى البطلان تكون قد سقطت بمضي ١٥ سنة من وقت الهبة . ويلاحظ أن التقادم هنا هو التقادم المسقط ، لا التقادم المكسب الذي يقتضي أن الموهوب له بعد تسلم الهبة يضع يده عليها خمس عشرة سنة . وأقرت =

وكان المنطق يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، لأن العقد الباطل معدوم ، والعدم لا ينقلب وجوداً مهما طال عليه الأمد . وقد كان هـذا رأينا فى عهد التقنين القديم[1] . ولكن التقنين الجديد ، تمشياً مع محكمة النقض الفرنسية[2] ومع بعض الفقهاء الفرنسيين[3] ، قرر أن دعوى البطلان المطلق تسقط بالتقادم بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت العقد[4] . وكان المشروع التمهيدى للتقنين الجديد (م ١٩٤) يقضى بأن البطلان المطلق لا يزول بالتقادم ، فعكس المشروع النهائى الحكم ، وانتقل الحكم معكوساً إلى التقنين الجديد على النحو المبين فى الأعمال التحضيرية[5] .

فإذا مضى على صدور العقد الباطل خمس عشرة سنة ، ثم رفع ذو مصلحة دعوى

= لجنة المراجعة نص المادة بعد إضافة فقرة ثانية على النحو الآتى : « وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به » ، وأصبح رقم المادة ١٤٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص بعد تعديلات . وحذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة « دون الدفع به » من الفقرة الثانية لأن من المتفق عليه أن الدفوع لا تتقادم . وأصبح رقم المادة ١٤١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ — ص ٢٥٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٢ (مطابق) — الليبى م ١٤١ (مطابق) — العراق م ١٤١ (مطابق للفقرة الأولى ولا مقابل للفقرة الثانية) — اللبنانى لا مقابل .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٢٥ . [وقد قررت محكمة النقض أن قضاءها كان قد جرى على أن العقد المشوب ببطلان أصلى متعلق بالنظام العام هو فى نظر القانون لا وجود له . ولما كان التقادم لا يصحح إلا ما كان له وجود وكان العقد الذى يتمسك به الطاعن هو عقد بيع يخفى رهنا فإن مثل هذا العقد لا ينقلب صحيحاً مهما طال الزمن ومن ثم لا يكن للتقادم أثر فيه ولصاحب الشأن دائماً أبداً رفع الدعوى أو الدفع ببطلانه ويكون الحكم المطعون فيه إذ قضى برفض الدفع بسقوط الحق فى رفع الدعوى ببطلان عقد البيع المذكور لم يخالف القانون . أما تحدى الطاعن بنص المادة ١٤١ من القانون المدنى الجديد فلا يجديه لأنه تشريع جديد لا يسرى على واقعة الدعوى : نقض مدنى فى ١٩٥٢/٤/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ١٣٩ ص ٩٤٤)] .

(٢) نقض فرنسى فى ٥ مايو سنة ١٨٧٩ داللوز ١٨٨٠ — ١ — ١٤٥ .

(٣) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣١٠ .

(٤) أنظر أيضاً فى هذا المعنى : الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٦١ .

(٥) أنظر تاريخ نص المادة ١٤١ والأعمال التحضيرية الخاصة بها ، وقد سبق ذكرها فى الصحيفة السابقة فى هامش هذه الفقرة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٠ — ص ٢٥٣) .

البطلان ، أمكن دفعها بالتقادم . ذلك أن أوضاعاً قد استقرت منذ صدور العقد الباطل ، وبقيت دهراً طويلا ، فوجب احترامها عن طريق إسقاط دعوى البطلان . ولكن هذا لا يعنى أن العقد الباطل ذاته قد انقلب صحيحاً ، فهو لا يزال باطلا ، ولكن الدعوى ببطلانه لا تسمع لسقوطها بالتقادم .

٣٢٠ — ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم : ولأن العقد الباطل لا ينقلب صحيحاً بالتقادم ، بل يبقى كما كان دائماً معدوماً ، فالدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما طالت المدة(1) . فإذا باع شخص أرضاً ، وكان البيع باطلا ، ولم يسلم الأرض للمشترى ، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فهو لا يستطيع أن يرفع دعوى بطلان البيع لسقوطها بالتقادم . ولكن ما دامت الأرض فى يده ولم يسلمها للمشترى ، فهو فى غير حاجة إلى رفع دعوى البطلان . وإذا رفع المشترى دعوى على البائع يطالبه بتسليم الأرض ، استطاع البائع أن يدفع الدعوى ببطلان البيع حتى بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، لأن الدفع بالبطلان لا يسقط كما قدمنا .

وحتى إذا سلم البائع الأرض للمشترى ، ومضى على صدور البيع خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يسترد الأرض من المشترى ، لا بدعوى بطلان البيع فقد سقطت

---

(1) [أنظر بيدان جـ ٨ بند ٢٨٢ — ودى باج جـ ٢ بند ٧٨٤ فى بيان معنى ومدى قاعدة عدم سقوط الدفوع بالتقادم — ومارتى ورينو جـ ١ بند ١٥٨ و ١٧٧ — جـ ٢ بند ٢٠٩ — ورسالة ديسو (Dessaux) عن مبدأ دوام الدفوع وارتباطه بالمادة ١٣٠٤ مدنى فرنسى (باريس ١٩٣٧) — وجيل الشرقاوى ص ٣٩٤ حيث يذكر أن هذا المبدأ وإن لم يرد فى نصوص التقنين المدنى الجديد إلا أن الأعمال التحضيرية تكشف عن اتجاه المشرع إلى الأخذ به كأصل مسلم — لا يحتاج إلى نص — وقد كانت المادة (١٤٠) من مشروع القانون تتضمن نصاً بهذا المعنى غير أنه حذف حتى لا يثير وروده فى باب البطلان بالذات شبهة فى أن الدفوع تسقط فى غير ذلك : انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٢٥٣] .

[هذا . وقد قضت محكمة النقض بأن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم أبداً لأن الدفوع لا تتقادم . وذكرت فى هذا المقام أن العقد الباطل يظل معدوماً ولا ينقلب مع الزمن صحيحاً وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد مضى المدة الطويلة أما إذا أثير البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل فلا تجوز مواجهته بالتقادم (انظر نقض مدنى ١١/٤/١٩٥٧ — مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤١ ص ٤٠٤)] .

هذه الدعوى بالتقادم ، ولكن بدعوى الاستحقاق وهى لا تسقط أبداً . فإذا تمسك المشترى فى دعوى الاستحقاق بالبيع الباطل ، دفع البائع ببطلان البيع ، والدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم كما رأينا . فيتمكن البائع عن طريق دعوى الاستحقاق أن يسترد الأرض ، ما لم يكن المشترى قد كسب ملكيتها بالتقادم المكسب ، وهذا شىء آخر لا علاقة له بالتقادم المسقط لدعوى البطلان(١) . على أنه يلاحظ ، من الناحية العملية المحضة ، أن البائع يرى نفسه بعد تقادم دعوى البطلان ، وهى دعوى شخصية يسيرة الإثبات ، مضطراً لأن ينتقل إلى دعوى الاستحقاق ، وهى دعوى عينية أكثر تعقيداً وأصعب إثباتاً .

وكذلك المشترى إذا كان قد دفع الثمن فى بيع باطل ، وأراد استرداده بعد انقضاء خمس عشرة سنة من صدور البيع ، جاز أن يسترده ، لا بدعوى بطلان البيع ، ولكن بدعوى استرداد ما دفع دون حق . فإذا تمسك البائع فى دعوى الاسترداد بالبيع الباطل دفع المشترى ببطلانه وهو دفع لا يسقط . فيتمكن المشترى عن طريق دعوى استرداد ما دفع دون حق أن يسترد الثمن ، ما لم تسقط دعوى الاسترداد ذاتها بانقضاء خمس عشرة سنة تبدأ من وقت دفع الثمن لا من وقت صدور البيع(٢) .

ويتبين من ذلك أن سقوط دعوى البطلان بالتقادم ليس بذى أثر كبير . فقد رأينا أن تقادم هذه الدعوى لا يمنع البائع من استرداد المبيع إذا كان قد سلمه ولا من استبقائه إذا كان لم يسلمه ، ولا يمنع المشترى من استرداد الثمن إذا كان قد دفعه ولا من الامتناع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . أما إذا فقد البائع حقه فى استرداد المبيع ، أو ضاع على المشترى حقه فى استرداد الثمن . فإن ذلك لا يرجع إلى التقادم المسقط لدعوى البطلان . بل إلى

(١) وهنا بخلاف ما إذا كان العقد قابلا للابطال ، فإن بطلان العقد يزول بالتقادم كما سنرى . وفى المثل الذى نحن بصدده ، لو كان البيع قابلا للابطال وتقادمت الدعوى ، فإن المشترى يكسب ملكية الأرض ، لا عن طريق التقادم المكسب لحق الملكية ، بل عن طريق عقد البيع ذاته الذى غطى التقادم عيبه .

(٢) [مع مراعاة حكم المادة ١٨٧ من التقنين المدنى التى تقضى بسقوط دعوى الاسترداد بمضى ٣ سنوات من يوم علم الموفى بحقه فى الاسترداد] .

التقادم المكسب لحق الملكية أو التقادم المسقط لدعوى الاسترداد[1]

§ ٢ — العقد القابل للابطال

٣٢١ — الدعوى والدفع بسقاطه بالتقادم : نصت المادة ١٤٠ من القانون الجديد على ما يأتى :

« ١ — يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات».

« ٢ — ويبدأ سريان هذه المدة فى حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذى ينكشف فيه . وفى حالة الإكراه من يوم انقطاعه . وفى كل حالة لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد »[2].

---

(١) أنظر الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٦١ ص ٢٤٧ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ١٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — لا يجوز الطعن فى عقد باطل بطلاناً نسبياً إذا لم يقم من له حق الطعن فيه بإعلان البطلان للطرف الآخر فى ظرف ثلاث سنوات . ٢ — ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب البطلان عدم توافر الأهلية من الوقت الذى يزول فيه هذا السبب ، وإذا كان سبب البطلان وجود غلط أو تدليس فمن الوقت الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس ، وإذا كان سبب البطلان هو الإكراه فمن اليوم الذى ينقطع فيه الإكراه ، وإذا كان السبب هو الاستغلال فمن اليوم الذى يتم فيه العقد . وفى كل حال لا يجوز التمسك بالبطلان لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضى خمسة عشر عاماً من وقت تمام العقد . ٣ — وتسقط كذلك بالتقادم الدعوى التى يراد بها إنقاص الالتزامات فى حالة الاستغلال إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت العقد » . وأدخلت لجنة المراجعة فى النص بعض تعديلات لفظية وأصبح رقم المادة ١٤٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ حذفت من الفقرة الثانية الإشارة إلى الاستغلال وحذفت كذلك الفقرة الثالثة بأكملها ، لأن حكم سقوط الحق فى رفع الدعوى المترتبة على الاستغلال قد واجهته الفقرة الأولى من المادة ١٣٣ (م ١٢٩ فقرة ثانية جديد) . وأصبح رقم المادة ١٤٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٤٦ — ص ٢٤٩) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤١ (يسقط بسنة واحدة) ، الليبى م ١٤٠ (مطابق) — العراق م ١٣٩ / ٢ و ٣ (العقد موقوف وينفذ إذا لم ينقض فى ثلاثة أشهر) اللبنانى م ٢٣٥ (يسقط بعشر سنوات) .

ومن هذا النص يتبين أن الحق فى إبطال العقد يسقط بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة حسب الأحوال . فإذا انقضت هذه المدة انقلب العقد صحيحاً ، ولا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع[1] . وهكذا يستقر الوجود القانونى للعقد بعد أن كان مهدداً بالزوال. ويصبح العقد فى حكم المجاز ، يثبت وجوده منذ صدوره ، إذ للتقادم أثر رجعى كما للاجازة . ولكن هناك فرقاً بين عقد لحقته الإجازة وعقد زال بطلانه بالتقادم من حيث حقوق الغير . فقد قدمنا أن الإجازة لا تضر بحقوق الغير ، أما فى زوال البطلان بالتقادم فحقوق الغير تتأثر . مثل ذلك أن يبيع قاصر عيناً ، ولا يتمسك بعد بلوغه سن الرشد بإبطال العقد ، فيتقادم البطلان ويزول ، ويعتبر البيع صحيحاً منذ صدوره . فلو أن البائع بعد أن بلغ سن الرشد وقبل تقادم البطلان رتب على العين رهناً ، ثم تم التقادم ، فإن ملكية العين تخلص للمشترى غير مثقلة بحق الرهن . وهذا عكس ما قررناه فى حالة الإجازة .

ويلاحظ أن هناك فرقاً جوهرياً بين تقادم دعوى البطلان فى العقد الباطل وتقادمها فى العقد القابل للابطال . فقد قدمنا أن تقادم دعوى البطلان فى العقد الباطل لا يقلب العقد صحيحاً ، بل يبقى العقد باطلا ، ولكن دعوى البطلان هى التى لا يجوز سماعها لتقادمها . أما تقادم البطلان فى العقد القابل للابطال فيقلب العقد صحيحاً كما رأينا ، ويبقى العقد مرتباً لجميع آثاره بوجه بات .

٣٢٢ — مدة التقادم : وقد كانت مدة التقادم فى العقد القابل للابطال فى التقنين القديم خمس عشرة سنة تسرى من وقت صدور العقد . وقد رأى التقنين الجديد أن هذه مدة طويلة يبقى فى خلالها العقد غير مستقر ، ومن أجل ذلك جعل المدة ثلاث سنوات

---

(١) ويلاحظ أن الدفع بالإبطال فى العقد القابل للإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان فى العقد الباطل فى أن الدفع فى الحالة الأولى هو فى حقيقته دعوى وكذلك هو فى صورته ، إذ سيتخذ ، من ناحية الإجراءات ، صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب فيها إبطال العقد ، أما الدفع فى الحالة الثانية فهو دفع محض من ناحية الموضوع ومن ناحية الإجراءات . ومن ثم فالدفع بالإبطال يتقادم ، لأنه دعوى والدعاوى يرد عليها التقادم . أما الدفع بالبطلان فلا يتقادم ، لأنه دفع والدفوع لا تتقادم .

فقط ، يبدأ سريانها من وقت استكمال ناقص الأهلية لأهليته ، أو من وقت انكشاف الغلط أو التدليس ، أو من وقت انقطاع الإكراه ، بحسب الأحوال . فإذا تعطل بدء سريان التقادم مدة طويلة ، بأن لم ينكشف الغلط مثلا إلا بعد أربع عشرة سنة ، فإن الحق فى إبطال العقد يتقادم فى هذه الحالة بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، لا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت انكشاف الغلط ، لأن المدة الأولى هى الأقصر . فالتقادم يكون إذن بأقصر الأجلين : ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد . ولا تكون المدة الثانية أقصر من المدة الأولى إلا فى حالات استثنائية كالحالة التى تقدم ذكرها . وأياً كانت مدة التقادم ، فإنها توقف وتنقطع وفقاً للقواعد المقررة فى التقادم .

وقد حذا التقنين الجديد فى تقصير مدة تقادم البطلان حذو التقنينات الحديثة . أما التقنين السورى الجديد فقد أمعن ، كالتقنين السويسرى ، فى تقصير مدة التقادم فى البطلان ، فنصت المادة ١٤١ من هذا التقنين على أن تكون هذه المدة سنة واحدة . وسنرى أن التقنين المصرى الجديد جعل مدة التقادم ثلاث سنوات أيضاً فى الدعاوى التى تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب . ولكن العلة تختلف هنا عنها هناك . فقد روعى فى تقصير المدة فى تقادم البطلان أن يستقر العقد فى خلال مدة معقولة ، فلا يبقى مزعزعاً مدة طويلة . وروعى فى تقصير المدة فى تقادم الدعاوى التى تنشأ عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب أن الالتزامات فى هذه الدعاوى لم يكن مصدرها إرادة الملتزم ، فهى تختلف من هذه الناحية عن الالتزامات العقدية التى تنشئها إرادة المدين ولا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام فى العمل غير المشروع وفى الإثراء بلا سبب . ويلاحظ أن مدة التقادم فى الاستغلال — وهو عيب من عيوب الرضاء — أقصر من مدته فى العيوب الأخرى . فقد مر بنا أن دعوى الاستغلال يجب أن ترفع فى خلال سنة من تاريخ العقد (م ١٢٩ فقرة ٢) . فتكون المدة فى الاستغلال أقصر من ناحيتين : ناحية المقياس الزمنى وناحية مبدأ السريان .

٣٢٣ — سريان مدة التقادم الجديدة على العقود المبرمة قبل نفاذ التقنين الجديد : ولما كان التقنين الجديد قد قصر مدة التقادم فى البطلان على النحو الذى قررناه ، فإن هذه المدة القصيرة هى التى تسرى بالنسبة إلى العقود التى أبرمت قبل نفاذ التقنين الجـديد إذا كان التقادم فيها لم يكتمل وقت نفاذ هذا التقنين ، وذلك ما لم يكن الباقى من مدة التقادم المقررة فى التقنين القديم أقصر من المدة التى قررها التقنين الجديد (م ٨ جديد) . ويتضح ذلك فى المثل الآتى : قاصر أبرم عقداً فى أول يناير سنة ١٩٤٨ ، وبلغ سن الرشـد فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . فيدرك التقنين الجـديد ، فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، هذا العقد وتقادم البطلان فيه لا يزال سارياً ، إذ بدأ هذا السريان منذ بلوغ القاصر سن الرشـد فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٩ . ولا يتم التقادم بحسب التقنين القديم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة ، أى فى ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ . فيجب فى هـذه الحالة أن تسرى المدة القصيرة التى قررها التقنين الجديد ، وهى ثلاث سنوات ، ويكون مبـدأ سريانها من وقت العمل بالتقنين الجديد ، أى من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فيتم التقادم فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للتقين الجديد ، لا فى ١٤ يناير سنة ١٩٦٤ وفقاً للتقنين القديم .

أما إذا كان القاصر قد بلغ سن الرشد فى ١٥ يناير سنة ١٩٣٦ ، وكان قد أبرم العقد قبل ذلك فإن التقادم يتم فى هـذه الحالة فى ١٤ يناير سنة ١٩٥١ وفقاً للتقنين القديم ، لا فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٥٢ وفقاً للتقنين الجديد[١] .

المبحث الثالث

تقرير البطلان

(دعوى البطلان)

٣٢٤ — مسائل ثلاث : يعنينا فى تقرير البطلان أن نبحث مسائل ثلاثاً : (١) من

---

(١) انظر فى كل ذلك المادة ٨ من التقنين الجديد . وسنعود لتطبيق هذه المادة فى شأن التقادم فى العمل غير المشروع . ويقاس تطبيقها فى شأن التقادم فى الإثراء بلا سبب على كل من هذين التطبيقين .

الذى يتمسك ببطلان العقد . (٢) وكيف يتقرر البطلان . (٣) وما الأثر الذى يترتب على تقريره .

المطلب الأول

من الذى يتمسك بالبطلان

٣٢٥ — العقد الباطل والعقد القابل للإبطال : فى العقد الباطل يجوز أن يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة فى ذلك ، بل وللمحكمة أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها . أما فى العقد القابل للابطال ، فلا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذى تقرر البطلان لمصلحته دون المتعاقد الآخر[1] .

ونفصل ما أجملناه .

§ ١ — العقد الباطل

٣٢٦ — النصوص القانونية : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤١ على ما يأتى :

« إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة »[2] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هـذا الصدد ما يأتى : « فما دام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً — وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والعقد المعدوم — فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ولو لم يكن طرفاً فى التعاقد ، كالمستأجر مثلا فى حالة بطلان بيع الشىء المؤجر بطلاناً مطلقاً ، بل ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . أما البطلان النسبى فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد هو الطرف الذى يشرع البطلان لمصلحته ، ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٦) . وكان المشروع التمهيدى يقضى فى المادة ٢٠٠ منه بأن « كل من ادعى سبباً لبطلان المطلق أو النسبى يكون عليه إثباته » ، فحذف هذا النص فى المشروع النهائى لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٤ — ص ٢٥٥ فى الهامش) .

(٢) انظر تاريخ النص آنفاً فقرة ٣١٩ فى الهامش .

وقد كان المشروع التمهيدى أوضح بياناً فى تعيين ذوى المصلحة الذين لهم أن يتمسكوا بالبطلان . فكانت المادة ١٩٤ من هذا المشروع تنص على أن « للمتعاقدين وللخلف العام والخاص وللدائنين التمسك بأوجه البطلان الواردة فى المادة السابقة » .

٣٢٧ — يتمسك بالبطلان كل من ذى مصلحة وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضى به :
العقد الباطل لا وجود له كما قدمنا . وسنرى أن بطلانه يتقرر عادة عن طريق الدفع ، وقد تقضى الضرورة العملية فى بعض الحالات أن يكون تقرير البطلان عن طريق الدعوى ، وسواء كان تقرير البطلان عن طريق الدفع أو عن طريق الدعوى ، فإن الذى يستطيع أن يتمسك بالبطلان هو كل شخص له مصلحة فى ذلك[1] .

والمصلحة هنا يراد بها حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه . ويترتب على ذلك أن مجرد المصلحة ، دون قيام هذا الحق ، لا يكفى . فلا يجوز مثلا أن يتمسك الجار ببطلان بيع صدر من جاره لآخر بحجة أن له مصلحة فى التخلص من جوار المشترى الجديد . ولا يحق لتاجر أن يطلب تقرير بطلان شركة ليتخلص من منافستها له[2] .

ولكن إذا كان صاحب المصلحة له حق يؤثر فيه بطلان العقد جاز له التمسك بالبطلان . ففى البيع الباطل يستطيع كل من المتعاقدين أن يتمسك بالبطلان : البائع حتى يسترد المبيع ، والمشترى حتى يسترد الثمن . ودائنو كل من البائع والمشترى لهم أن يتمسكوا بالبطلان ، لا بطريق الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً بطريق مباشر . وذلك ليستردوا المبيع أو الثمن فينفذوا عليه بحقوقهم . وورثة كل من البائع والمشترى يتمسكون بالبطلان لرد المبيع أو الثمن إلى التركة ، وذلك أيضاً بمقتضى حق مباشر لهم . وكل شخص

---

(١) محكمة المنصورة الكلية الوطنية فى ١٤ فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٣ رقم ١١٢ ص ٢٤٧ . [هذا ويجوز للملتزم بموجب عقد باطل أن يرفع دعوى بطلب بطلانه حتى قبل أن يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه (دعوى البطلان الأصلية) . وتكون الدعوى عندئذ دعوى وقائية (انظر بونسار فى موسوعة دالوز الحديثة بند ٣٤ وموريل فى المرافعات بند ٣٤ ثالثاً)] .

(٢) [مارتى ورينو جـ ٢ بند ١٩٨ ص ١٨٢ — وقد تكون المصلحة مادية أو أدبية . بهذه الأخيرة تكفى : بونسار فى موسوعة دالوز بند ٣٤] .

رتب له البائع أو المشترى حقاً عينياً أو حقاً شخصياً بالنسبة إلى العين المبيعة يجوز له أن يتمسك بالبطلان ، فالمرتهن من البائع يطلب البطلان حتى يسلم له حق الرهن ، والمرتهن من المشترى يطلب البطلان حتى يسترد الدين ، ومستأجر العين المبيعة من البائع يطلب البطلان حتى يبقى فى العين ولو كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ ، ومستأجرها من المشترى يطلب البطلان حتى يسترد الأجرة . وكل هؤلاء يطلبون البطلان ، لا عن طريق استعمال حق مدينهم بالدعوى غير المباشرة بل بمقتضى حق مباشر لهم .

فالذين يجوز لهم التمسك بالبطلان إذن هم المتعاقدان والدائنون والخلف العام والخلف الخاص .

بل للمحكمة أيضاً أن تقضى بالبطلان من تلقاء نفسها ، لأن العقد الباطل ليس له وجود قانونى ، والقاضى لا يستطيع إلا أن يقرر ذلك .

٣٢٨ — متى يجوز التمسك بالبطلان : إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدعوى ، فلا بد من رفعها فى خلال خمس عشرة سنة من وقت صدور العقد ، وإلا سقطت بالتقادم . أما إذا كان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع ، فيجوز ذلك فى أى وقت كما سبق القول ، ويجوز إبداء الدفع فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، كما يجوز إبداؤه لأول مرة أمام محكمة الاستئناف[1] .

§ ٢ — العقد القابل للابطال

٣٢٩ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٣٨ من القانون الجديد على ما يأتى

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٥ (وكان الدفع بالبطلان للغلط ، وهو فى هذا مثل الدفع بالبطلان المطلق) . وقضت محكمة النقض بأن الدفع بالبطلان ، الذى جوزت المادة ١٣٣ من قانون المرافعات (قديم) إبداءه قبل الدخول فى موضوع الدعوى . وقضت المادتان ١٣٨ و ١٣٩ مرافعات (قديم) بسقوط الحق فيه بالحضور أو بالرد على الورقة الباطلة ، بما يفيد اعتبارها صحيحة ، إنما هو الدفع الخاص ببطلان صحيفة افتتاح الدعوى وبطلان أوراق الإجراءات والمرافعات . فليس يصح تعدية هذه الأحكام إلى الدفع ببطلان العقود ، لأن الدفع يكون عندئذ من الدفوع الموضوعية التى يجوز تقديمها فى أية حالة تكون عليها الدعوى أو تطبق عليه أحكام الإجازة الخاصة إذا كان البطلان نسبياً لا مطلقاً (نقض مدنى فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٣ ص ٥١٠) .

« إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق »[1].

وقد كان المشروع التمهيدي يورد هذا النص على وجه يبين الحكمة فيه ، فكانت المادة ١٩٦ من هذا المشروع تنص على أنه « ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبي لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة في المادة السابقة » .

٣٣٠ — لا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته : العقد القابل للابطال لم تتقرر قابليته للابطال إلا لمصلحة أحد المتعاقدين . فهذا المتعاقد وحده ، دون المتعاقد الآخر ، هو الذي يجوز أن يتمسك بالبطلان . فإذا كان سبب القابلية للابطال نقص الأهلية ، فناقص الأهلية وحده هو الذي يتمسك بالبطلان[2] . وإذا كان السبب هو عيب شاب الإرادة ، فمن شاب إرادته العيب هو الذي يتمسك بإبطال العقد . وفي بيع ملك الغير المشتري وحده هو الذي يتمسك بالبطلان[3] .

ولا يستطيع أن يطلب إبطال العقد لا الدائن ولا الخلف الخاص بمقتضى حق مباشر لهما ، ولكن يستطيعان ذلك باعتبارهما دائنين للمتعاقد ، فيستعملون حقه في طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة .

---

(١) انظر تاريخ النص فيما يلي (فقرة ٣٣٥ في الهامش) .

(٢) وقد يكون كل من المتعاقدين ناقص الأهلية فلكل منهما أن يتمسك بالبطلان ، ولا يكون العقد لذلك باطلا بل يبقى قابلا للابطال ، فتصح إجازته ويزول بطلانه بالتقادم ، ولو كان العقد باطلا لما جاز ذلك .
[وقد قضت محكمة النقض أن البطلان المنصوص عليه في المادة ٢٥٨ مدني (قديم) وهي المادة التي لا تجيز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعي كالأوصياء والأولياء ولا للوكلاء المقامين من موكليهم ، أن يشتروا الشيء المنوط بهم بيعه بالصفات المذكورة — بطلان نسبي تصححه الإجازة وهو لا يزول في حالة شراء مال القاصر إلا برضائه بعد بلوغه سن الرشد أو بإجازة المجلس الحسبي : نقض مدني في ١٩٥٠/٢/٢٣ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى رقم ٧٠ ص ٢٦٠] .

(٣) ويؤول إلى الخلف العام حق سلفه في الإبطال ، وقد قضت محكمة النقض بأن القاصر في حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً له يحل محل سلفه في كل ما له وما عليه فتؤول إليه جميع الحقوق التي كانت لسلفه (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام محكمة النقض ٩ رقم ١٩ ص ١٦١) .

كذلك لا تستطيع المحكمة أن تقضى بإبطال العقد من تلقاء نفسها إذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد ذو المصلحة .

٣٣١ — متى يجوز التمسك بالبطلان : ويجوز التمسك بالبطلان ، دعوى أو دفعاً ، ما دام البطلان لم يسقط بالتقادم بانقضاء المدة المقررة ، ثلاث سنوات من وقت زوال العيب أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء العقد . ويجوز إبداء الدفع بالبطلان فى أية حالة كانت عليها الدعوى على النحو الذى بيناه فى العقد الباطل .

المطلب الثانى

كيف يتقرر البطلان

§ ١ — العقد الباطل

٣٣٢ — لا حاجة إلى حكم لتقرير البطلان : لما كان العقد الباطل ليس له وجود قانونى ، فلا حاجة إذن لصدور حكم بإبطاله ، ولا ضرورة للحكم بالعدم على معدوم . وهذه نتيجة منطقية تستقيم فى كثير من الأحوال ، فلا يحتاج من له مصلحة فى تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك ، وما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوماً ، ويصدر فى تصرفه عن هذا الاعتبار . فلو كان العقد الباطل بيعاً ، كان للبائع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف فى المبيع ، فهو لا يزال فى ملكه ، ويكون بيعه صحيحاً . وإذا رفع المشترى فى هذا المثل دعوى يطالب فيها بالمبيع ، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع .

فالذى يتمسك بالبطلان فى العقد الباطل يفعل ذلك فى أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى[١] .

---

(١) [انظر فى عدم لزوم دعوى البطلان : جابيو : رسالته ص ٣٩٩ وما بعدها — وقارن جميل الشرقاوى بند ١٣٧ ص ٣٧٧ حيث يرى أن دعوى البطلان لازمة فى جميع الأحوال] .

٣٣٣ — ولكن قد تقضى الضرورة العملية بالحصول على حكم : وذلك يتحقق إذا قضت الضرورة على المتمسك ببطلان عقد باطل أن يبادر إلى رفع دعوى البطلان[١]. ويعرض هذا فى بعض فروض عمليه . منها أن يكون البائع فى بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشترى ، وأراد أن يسترده ، فهو بين أن يرفع دعوى البطلان فى مدى خمس عشرة سنة أو يرفع دعوى الاستحقاق فى أى وقت ، فإذا رفع دعوى البطلان حصل على حكم ببطلان العقد . ومنها أن يكون وجه البطلان فيه خفاء ، لا سيما إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضى كما إذا كان سببه مخالفة النظام العام أو الآداب ، ففى مثل هذه الحالة تدعو الضرورة من له مصلحة فى التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير المحكمة فيما ذهب إليه .

والحكم الذى يصدر فى دعوى البطلان لا يبطل العقد الباطل ، بل يقتصر على الكشف عن بطلانه[٢].

§ ٢ — العقد القابل للابطال

٣٣٤ — لا يتقرر البطلان إلا بالاتفاق أو بالقضاء : أما العقد القابل للابطال فله وجود قانونى إلى أن يتقرر بطلانه . ومن ثم لابد فى تقرير البطلان من التراضى ، أو التقاضى . أما التراضى فيتم بين المتعاقدين بشرط أن تتوافر الأهليــة فى كل منهما[٣]. فإذا لم يتم الاتفاق على إبطال العقد ، فالعقد لا يبطل حتى يرفع ذو المصلحة من المتعاقدين دعوى البطلان ويحصل على حكم بذلك . وحكم القاضى هو الذى يبطل العقد ، أى ينشئ البطلان ، ولا يقتصر على الكشف عنه كما فى العقد الباطل . ولكن إذا رفعت دعوى

---

(١) [وهذه الضرورة هى نتيجة القاعدة التى تحرم على المرء أن يقتضى حقه لنفسه بيده انظر بوتسار فى موسوعة داللوز بند ٣٣ ومراجعه] .

(٢) [بوتسار فى موسوعة داللوز بند ١٤] .

(٣) [غير أن الاتفاق على إبطال العقد نادر الحدوث عملا ويثير التساؤل عما إذا كان البطلان فى هذه الحالة يؤثر فى حق الغير ؟] .

الإبطال ووجد سببه قائماً ، فالقاضى لا يملك إلا أن يبطل العقد ، وليس له حق التقدير الذى سنراه له فى حالة الفسخ[1] .

٣٣٥ — *فلا يتقرر بإرادة منفردة* : ويتبين من ذلك أن المتعاقد ذا المصلحة إذا لم يستطع الاتفاق مع المتعاقد الآخر على إبطال العقد ، فليس أمامه إلا أن يرفع دعوى البطلان ليحصل على حكم بإبطال العقد . ولا يجوز له أن يستقل بإعلان البطلان بإرادته المنفردة ، كما أجاز ذلك كل من التقنين الألمانى وتقنين الالتزامات السويسرى[2] . وقد كان المشروع النهائى للتقنين الجديد يتضمن نصاً يجيز إبطال العقد فى حالة نقص الأهلية عن طريق الإعلان بالإرادة المنفردة ، فكانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ من هذا المشروع تنص على ما يأتى : « ويكفى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلا من وقت صدوره ، دون إخلال بحق المتعاقد الآخر فى التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها فى خلال سنة من وقت وصول الإعلان » . وقد حذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ هذا النص « توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال ، وتجنباً

---

(١) استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد نقص أهلية البائع كاف لقبول دعوى إبطال البيع حتى لو تجرد التصرف من أى غبن ومهما كانت إفادة البائع مما قبض من ثمن : نقض مدنى ١/٢/١٩٥١ مجموعة أحكام النقض السنة الثانية رقم ٥٥ ص ٢٨٩] .

[إلا أنه يراعى مع ذلك أن المادة (١٢٤) لا تجيز التمسك بالبطلان للغلط على وجه يتعارض مع حسن النية (انظر رسالة الدكتور جميل الشرقاوى فى حسن النية كسبب فى منع التمسك بالبطلان (ص ٣٩٤ بند ١٣٧ — ١/ج) — ومقال جان شفاليه فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٠٠ — ١٠٢] .

(٢) وتقضى الفقرة الأولى من المادة ١٤٣ من التقنين الألمانى بأن البطلان يتقرر بإعلان يتوجه إلى الطرف الآخر . وتقضى المادة ٣١ من تقنين الالتزامات السويسرى بأن العقد إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه يعتبر قد أجيز إذا كان الطرف الذى لا يلزمه هذا العقد سكت سنة دون أن يعلن الطرف الآخر تصميمه على إبطاله . أو دون أن يسترد ما دفعه ، وتسرى السنة من وقت انكشاف الغلط أو التدليس أو من وقت زوال الإكراه (أنظر فى ترجيح هذا الحكم نظرية العقد للمؤلف ص ٦٤٨ هامش رقم ٢ وهامش رقم ٣) .

لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية »[1].

المطلب الثالث

أثر تقرير البطلان

٣٣٦ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٢ من القانون الجديد على ما يأتى :

« ١ — فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل » .

« ٢ — ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد

---

(١) كان هناك نصان فى المشروع التمهيدى هما اللذان يقابلان المادة ١٣٨ من التقنين الجديد ، وكانا يجريان على الوجه الآتى : « م ١٩٦ — ليس لغير الأشخاص الذين تقرر البطلان النسبى لمصلحتهم أن يتمسكوا بأوجه البطلان الواردة فى المادة السابقة . وهذا البطلان تلحقه الإجازة ويزول بالتقادم . م ١٩٧ : ١ — يكفى فى تقرير البطلان النسبى إعلان الطرف الآخر به إعلاناً رسمياً ، ٢ — وإذا كان العقد باطلا بطلاناً نسبياً ، وتقرر بطلانه ، اعتبر باطلا من وقت صدوره ولكنه يبقى منتجاً لآثاره حتى يتقرر البطلان ، ٣ — على أن إبطال العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان » . وفى لجنة المراجعة أدمج النصان فى مادة واحدة ، بعد حذف الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ لأن حكمها وارد فى مكان آخر ، وبعد جعل جواز العقد بمجرد الإعلان مقصوراً على حالة نقص الأهلية مع إعطاء الحق للطرف الآخر فى التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها فى خلال سنة ، وبعد تحوير فى اللفظ يجعل النص أقرب إلى التطبيق العملى من التقرير الفقهى ، فأصبح النص فى المشروع النهائى (م ١٤٢) يجرى على الوجه الآتى : « ١ — إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً فى إبطال العقد ، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق ، ٢ — ويكفى لإبطال العقد بسبب نقص الأهلية إعلان المتعاقد الآخر بذلك إعلاناً رسمياً يبين فيه سبب البطلان وأدلته ، فإذا تم الإعلان على هذا الوجه اعتبر العقد باطلا من وقت صدوره دون إخلال بحق المتعاقد الآخر فى التمسك بصحة العقد بدعوى يرفعها فى خلال سنة من وقت وصول الإعلان » . ووافق مجلس النواب على هذا النص — وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دارت مناقشات طويلة حول تقرير بطلان العقد لنقص الأهلية عن طريق الإعلان ، وانقسمت اللجنة فى ذلك ، ثم وافقت الأغلبية على عدم قبول هذا الحكم وعلى حذف الفقرة الثانية توخياً لتعميم القواعد المتعلقة بطلب الإبطال وتجنباً لما يحتمل أن ينشأ عن تطبيق النص المقترح من صعوبات عملية . وأصبح رقم المادة ١٣٨ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٣٥ — ص ٢٤٠) .

غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد »[1] .

ويتبين من ذلك أن العقد الباطل أو القابل للابطال ، إذا تقرر بطلانه ، يعتبر كأن لم يكن فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . ونستعرض كلا من هاتين الحالتين .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « ١ — إذا تقرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد . فإذا كان ذلك مستحيلا استبدلا به تعويضاً يعادله . ٢ — ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد . ٣ — لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه ، إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً لتجنب استعمال ألفاظ البطلان المطلق والبطلان النسبي ، وحذفت الفقرة الثالثة لأنها لا تتمشى مع منطق البطلان . فأصبح النص مطابقاً للوجه الوارد في القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٤٦ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . ووافقت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ عليها دون تعديل أيضاً ، وأصبح رقمها ١٤٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٥٤ — ص ٢٥٩) .

هذا وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « بيد أن عبء إثبات البطلان يقع دائماً على عاتق من يتمسك به . وتتبع القاعدة نفسها ، بل ويكون اتباعها أولى فيما يتعلق بالبطلان المطلق . فإذا حكم بالبطلان المطلق أو النسبي استند أثره ، واعتبر العقد باطلا من وقت نشوئه ، دون أن يخل ذلك بما يكون الغير حسن النية قد اكتسب من حقوق عقارية ، سجلت قبل تسجيل إعلان التصريح بالبطلان في حالة البطلان النسبي (وقد اتبع المشروع التمهيدي نظام تقرير البطلان النسبي عن طريق الإعلان كما رأينا) . ويلتزم كل من المتعاقدين بأن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد . ويستثنى من هذه القاعدة حالتان : أولاهما حالة ناقص الأهلية ، فهو لا يسأل عن الرد إلا وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . والثانية حالة وفاء أحد المتعاقدين بالتزام في عقد باطل لسبب مخالفته للآداب ، فلا يجوز لمثل هذا المتعاقد أن يسترد ما أدى إذا نسب إليه ما يخالف الآداب . وعلى هذا النحو أبان المشروع وجه الحكم في مسألة أثير بشأنها خلاف شديد (انظر المادتين ١٣٠٥ و ١٣٠٦ من التقنين الإسباني ، والمادة ٦٩٢ من التقنين البرتغالي ، والمادة ٢٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، والمادتين ٧٧/٧٢ من التقنينين التونسي والمراكشي ، والمادة ٨١٧ من التقنين الألماني ، والمادة ٦٦ من تقنين الالتزامات السويسري ، والمادة ١٣٢ من التقنين البولوني ، والمادة ٩٧١ من التقنين البرازيلي ، والمادة ١٨٠ من التقنين الصيني ، والمادة ١٤٧ من التقنين السوفيتي) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٤٣ (مطابق) — الليبي م ١٤٢ (مطابق) — العراقي م ١٣٨ (موافق) — اللبناني لا مقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) .

§ ١ — فيما بين المتعاقدين

٣٣٧ — زوال كل أثر للعقد : إذا تقرر بطلان العقد زال كل أثر له[1] ، وأرجع كل شيء إلى أصله . وجاز الحكم بتعويض على أساس المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية[2] .

فإذا كان العقد بيعاً وتقرر بطلانه ، رد المشترى المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشترى . ويرد المشترى المبيع بثمراته من وقت المطالبة القضائية إذا كان حسن النية وفى مقابل ذلك لا يلتزم البائع بالفوائد عن الثمن الذى يرده إلا من وقت المطالبة القضائية كذلك . وهكذا يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليهما قبل العقد . واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد[3] .

أما إذا أصبح الاسترداد مستحيلا بأن هلك المبيع مثلا فى يد المشترى وبخطأ منه[4] ، حكم القاضى بتعويض معادل . فألزم المشترى برد قيمة المبيع وقت الهلاك طبقاً لقواعد

---

(١) فيما عدا ما قدمناه من آثار عرضية أو أصلية تترتب على العقد الباطل .

(٢) [انظر فى التعويض عن البطلان : مارتى ورينو ج ٢ بند ٢١٤ حيث وردت الإشارة إلى توزيع المسئولية فى حالة اشتراك الطرفين فى الخطأ فلا يجوز الحكم بالتعويض إلا إذا كان طالب البطلان منزهاً عن الخطأ] .

(٣) [انظر دى باج ج ٢ بند ٨١٥ وما بعده] .

(٤) أما إذا هلك المبيع فى يد المشترى بقوة قاهرة ، فلما كان البائع إنما يرجع على المشترى طبقاً لأحكام دفع غير المستحق كما قدمنا ، كان الواجب فى هذه الحالة تطبيق هذه الأحكام . وهى تقضى — كما سنرى عند الكلام فى دفع غير المستحق — بأن المشترى إذا كان حسن النية ، أى يعتقد أنه تسلم ما هو مستحق له ، فلا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هلاك العين ، وللبائع فى جميع الأحوال أن يسترد المبيع التالف فى الصورة التى آل إليها بعد التلف دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف . أما إذا كان المشترى سيء النية ، أى يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له ، التزم برد قيمة المبيع وقت الهلاك ، ولا يعفيه من هذه المسئولية إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك ولو كان فى يد البائع (قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٦٥٣ هامش رقم ١) . [وانظر دى باج ج ٢ بند ٨١٨ و ٨١٩ — ومارتى ورينو ج ٢ بند ٢١٣ مكرر] .

المسئولية التقصيرية لا على أساس العقد الذى تقرر بطلانه ، وألزم البائع برد الثمن على أساس دفع غير المستحق .

وإذا كان العقد زمنياً كالإيجار وتقرر بطلانه ، فالمنفعة التى استوفاها المستأجر قبل تقرير البطلان يجب أن يعوض عنها . وقد يقدر التعويض بمقدار الأجرة ولكنه لا يكون أجرة فلا يكفله حق امتياز .

بقى أن نشير إلى حالتين خاصتين : (١) حالة عدم المشروعية (٢) وحالة نقص الأهلية .

٣٣٨ — حالة عدم المشروعية (*) : اشتمل المشروع التمهيدى للتقنين الجديد على نص فى هذا الصدد . فقضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٠١ من هذا المشروع بأنه « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب » . فحذفت هذه الفقرة فى المشروع النهائى « لأنها لا تتمشى مع منطق البطلان » . ذلك أن منطق البطلان يقضى فى العقد الباطل ، أيا كان سبب البطلان ، بإعادة كل شىء إلى أصله ، فإذا كان أحد المتعاقدين سلم شيئاً للآخر تنفيذاً للعقد الباطل جاز له استرداده .

إلا أن قاعدة رومانية قديمة كانت لا تسلم بهذه النتيجة المنطقية فى العقد الباطل لعدم المشروعية . فإذا سلم أحد المتعاقدين للآخر شيئاً تنفيذاً لعقد غير مشروع ، لم يكن له أن يسترد ما سلم إلا إذا كان عدم المشروعية غير آت من جهته . مثل ذلك شخص يعطى للآخر مالا ليرد له ما سرقه منه ، فيستطيع أن يسترد المال لأن عدم المشروعية غير آت من جهته . أما فى الرشوة والاتصال الجنسى غير المشروع والمقامرة وما إلى ذلك ، فمن أعطى

(*) انظر فى هذا الموضوع فاجنر (Wagner) فى بطلان السبب غير المشروع رسالة من باريس سنة ١٩٠٠ — أربيس (Arbus) فى السبب غير المشروع رسالة من مونبلييه سنة ١٩٠٣ — سافاتييه (Savatier) آثار الواجب الأدبى وجزاؤه رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ ص ٢٣٩ وما بعدها — كابيتان فى السبب فقرة ١١٤ — فقرة ١١٩ — ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ — فقرة ٨٨٠ — [بيدان ج ٨ بند ٢٨٧ ص ٢٠٥ وما بعدها — مارتى ورينو ج ٢ بند ٢٠٠ وما بعده وبند ٢١٣] — والتون ١ ص ٣٤٧ — ص ٣٥٤ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فى مقال له فى مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ٣٦٠ — ص ٣٦٣ .

المال لا يستطيع أن يسترده ، لأن عدم المشروعية آت من جهته أو هو شريك فيه ، فهو طرف ملوث لا يجوز له أن يحتج بغش صدر من جانبه (Nemo auditur propriam turpitudenem allegans) . — وقد احترم الفقه الفرنسي هذه القاعدة بادىء الأمر[1] ، ثم تحول عنها لأن المشرع الفرنسي لم ينقلها إلى نصوصه[2]. أما القضاء الفرنسي فقد كان يحترمها كذلك ، ثم أخذ هو أيضاً يتحول عنها ، وأصبح الآن لا يطبقها إلا فى العقود المخالفة للآداب[3].

ولا يزال القضاء المصرى يحترم القاعدة[4] ، ولم يخرج عليهـا إلا فى أحكام

---

(١) توليه ٦ فقرة ١٢٦ و ١١ فقرة ٦٢ — ١ — أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٤٦ مكرر ص ٣٢٢ هامش رقم ٨ — لاروميير م ١١٣٣ فقرة ١٠ .

(٢) ديمولومب ٢٧ فقرة ٤٣ — لوران ١٦ فقرة ١٦٤ — هيك ٨ فقرة ٢٩٢ — بفنوار ص ٦٥٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ٣١٦ — ديموج ٢ فقرة ٨٧٨ ص ٨١٠ .

(٣) أنظر تحليلا تفصيلياً فى القضاء الفرنسى فى كابيتان فى السبب فقرة ١١٥ — فقرة ١١٨ . ويستخلص كابيتان من استعراض القضاء الفرنسى فى هذه المسألة أن هذا القضاء لا يطبق القاعدة الرومانية فى جميع العقود غير المشروعة ، بل يقصر تطبيقها على العقود المخالفة للآداب دون العقود المخالفة للقوانين أو النظام العام . ويذهب فى ذلك إلى أن العقود المخالفة للآداب لا يليق أن تنظر فيها المحاكم ، بل الجدير أن تغسل يدها من مثل هذه القضـايا الملوثة ، فلا تحكم فيها بقبول أو رفض : انظر بنوع خاص فى هذا المعنى محكمة بورج الاستئنافية فى ١٣ يونية سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩ — ٥ — ٣٢٩ — محكمة الجزائر الاستئنافية فى ٥ مايو سنة ١٨٩٤ سيريه ٩٤ — ٢ — ٣٠٢ — وانظر محكمة النقض الفرنسية فى ٤ يناير سنة ١٨٩٧ داللوز ٩٧ — ١ — ١٢٦ فى الاتصال الجنسى غير المشروع — وفى ١٥ مارس سنة ١٩١١ داللوز ١٩١١ — ١ — ٣٨٢ فى الرشوة — وانظر أيضاً ديموج ٢ فقرة ٨٧٧ . [وانظر كذلك : مارتى ورينو جـ ٢ بند ٢١٣ — وأحكام القضاء الفرنسى الحديثة التى أوردناها فى ص ١٩١ — ١٩٣ بالهامش] .

(٤) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ أبريل سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٨٥ ص ١٦٠ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ مارس سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ١٣ ص ١١٥ — وانظر فى القضاء المصرى تفصيلا نظرية العقد للمؤلف ص ٦٥٥ هامش رقم ٣ ومرجع القضاء ملحق م ١٤٧ رقم ٥٢٧٧ — ٥٢٨٣ — بسطوروس ٢ ص ٤٣٥ — ص ٤٣٦ . هذا وقد ذهبت بعض الأحكام فى مصر إلى مدى أبعد مما ذهبت إليه القاعدة الرومانية ذاتها ، فقضت بأن من يدفع فوائد تربو تربو على النصاب القانونى ليس له أن يطلب استرداد ما دفعـه زيادة عن ذلك النصاب من أصل دينـه (استئناف وطنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٦٦ — وفى ٩ مارس سنة =

قليلة[1] .

وقد أخذت التقنينات الحديثة بالقاعدة الرومانية ، من ذلك التقنين الألمانى (م٨١٧) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ٦٦) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٢٧ فقرة ٢)[2] .

ومهما يكن من أمر فإن القاعدة الرومانية التى كانت أساساً لهذه الحركة الفقهية والقضائية والتشريعية هى قاعدة معيبة من الوجهتين المنطقية والعملية ، فمنطق البطلان يقضى بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال ، حتى لا يترتب أثر على العقد الباطل . وإذا كان الرومان يأبون الاسترداد على من كان ملوثاً من الطرفين ، فذلك يرجع إلى خاصية فى القانون الرومانى قد زالت . وذلك أن العقد فى هذا القانون كان يستمد قوته الملزمة من شكليته ، فإذا أعطى المتعاقد الذى سلم الشىء حق استرداده ، فلم يكن ذلك لأن العقد الشكلى غير ملزم ، بل كان عن طريق إعطاء المتعاقد دعوى خاصة (condicitio ob turpem causam) ، من العدل أن تنكر على من كان ملوثاً من الطرفين إذ لا يصبح

= ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ٢١٧ رقم ٢٢٩ — استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٦٢ — وفى ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٨) . ذلك أن المدين الذى دفع الفوائد الربوية غير ملوث ، والملوث هو الدائن الذى اضطر إلى ذلك (أنظر فى جواز استرداد الفوائد الربوية استئناف مختلط فى ٤ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٧ — والمادة ٢٢٧ فقرة أولى من القانون الجديد) .

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٥ يونية سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٨٥/٣ ص ٢٢٤ — وقضت محكمة العطارين الجزئية فى ١٧ ديسمبر ١٩٣٢ (المحاماة ١٢ رقم ٣٠٧ ص ٦٠٣) بأنه وإن اختلفت الآراء فى جواز استرداد ما دفع تنفيذاً لتعهد قائم على سبب مخالف للآداب أو النظام العام ، إلا أنه مما لا شك فيه أن نتيجة الرأى القائل بعدم جواز الاسترداد يؤدى حتما إلى إقرار حالة يأباها القانون لأن حرمان أحد العاقدين من استرداد ما دفعه عقاباً له على ما فرط منه معناه تمكين العاقد الآخر من الاستمتاع بما حصل عليه جزاء على إجرامه أو تدليسه أو خروجه على الآداب العامة ، ومهما قل أنصار هذا الرأى فى تأييده فإن الأوفق والأكثر انطباقاً على القانون ألا يرتب على العقد ذى السبب غير المشروع أى أثر قانونى وأن تعود الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد ، ويكفى المسترد عقاباً ما يناله من تشهير يترتب على إذاعة محتويات العقد وما كان يدبره فى الخفاء مخالفاً للقانون والآداب .

(٢) وأخذت بها بعض التقنينات الأقدم عهداً : القانون النمساوى (م ١١٧٤) والقانون الإسبانى (م ١٣٠٥ — ١٣٠٦) والقانون البرتغالى (م ٦٧١ — ٦٩٢ — ويقضى بأن المال الذى لا يسترد يكون ملكا للخزينة تصرفه فى أغراض خيرية) .

جديراً بها . أما الآن فالوضع القانونى للمسألة قد تغير ، وأصبح العقد غير المشروع ليست له قوة ملزمة حتى بالنسبة إلى الطرف الملوث ، ولم يعد هناك محل للنظر فى إعطائه دعوى الاسترداد أو إنكارها عليه ما دام العقد غير ملزم له . والوجه العملى للمسألة ، كوجهها المنطقى ، يقضى هو أيضاً بأن يكون الاسترداد جائزاً فى كل الأحوال . فما دام الغرض محاربة العقود غير المشروعة ، فان يكون ذلك بمنع الطرف الملوث من استرداد ما سلمه لطرف ملوث مثله إذ يكون بقاء المال فى يد هذا الطرف الآخر — كالموظف يستبقى الرشوة ، والمأجور على جريمة يستبقى الأجر — أبلغ فى التشجيع على الفساد من سلبه إياه . وما على المجرمين إذن إلا أن يتعاملوا نقداً حتى يأمنوا غائلة القانون ! !

لذلك أحسن التقنين الجديد صنعاً فى إغفاله النص الذى كان المشروع التمهيدى يشتمل عليه ، وقد حذف فى المشروع النهائى كما قدمنا ، لأنه نص لا يتمشى مع منطق البطلان . وإذا كانت هناك أحوال تقتضى النظر ، فإن القواعد العامة تكفى فى معالجتها . كما إذا كان هناك ضرر أحدثه الطرف الذى يريد الاسترداد بالطرف الآخر . مثل ذلك شخص اتصل بامرأة اتصالا غير مشروع فى مقابل مال أعطاها إياه ، وهو يريد الآن استرداد هذا المال . فى مثل هذه الحالة لا نتردد فى إنكار الاسترداد عليه ، وتستبقى المرأة المال ، لا بمقتضى العقد فهو باطل لا ينتج أثراً ، ولا بمقتضى القاعدة الرومانية فهى قاعدة عتيقة لا يجوز الأخذ بها بعد أن زالت مقتضياتها ، بل على سبيل التعويض عن الضرر الذى أصاب المرأة من هذا الاتصال غير المشروع[1] .

٣٣٩ — حالة نقص الأهلية : وإذا كان العقد قابلا للابطال لنقص أهلية أحد

---

(١) هذا وإذا اعتبرنا أن التقنين الجديد قد جاء مفسراً للقاعدة القانونية التى يجب اتباعها فى صدد العقود غير المشروعة وجواز استرداد ما دفع تنفيذاً لها ، فإنه يطبق بأثر رجعى ، شأن سائر القوانين المفسرة ، ويسرى على جميع العقود ، حتى التى أبرم منها فى ظل التقنين القديم . أما إذا اعتبرنا التقنين الجديد قد استحدث الحكم الذى أتى به ، فإن هذا الحكم لا يسرى على العقود التى أبرمت فى ظل التقنين القديم فلا يجوز فيها الاسترداد ، ويسرى على العقود التى أبرمت فى ظل التقنين الجديد فيجوز الاسترداد فيها . ونحن نميل إلى اعتبار الحكم مستحدثاً ، لأنه أتى مخالفاً لما جرت عليه الكثرة من الأحكام .

المتعاقدين ، وأبطل ، فإن ناقص الأهلية يسترد ما دفع تطبيقاً للقواعد التى قدمناها . أما المتعاقد الآخر فلا يسترد من ناقص الأهلية إلا مقدار ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٤٢ وقد تقدم ذكرها . والأصل فى ذلك قاعدة عامة قررتها المادة ١٨٦ من التقنين الجديد فى دعوى غير المستحق ، إذ قضت بأنه « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به». وسيأتى بيان ذلك تفصيلا عند الكلام فى حالة الوفاء لناقص الأهلية فى دعوى غير المستحق .

§ ٢ — بالنسبة إلى الغير

٣٤٠ — **تأثر حق الغير بالبطلان** : ولا يقتصر أثر البطلان على العلاقة فيما بين المتعاقدين ، بل يجاوزها إلى الغير[1] . فإذا رتب المشترى على العين التى اشتراها بعقد باطل أو قابل للابطال حقاً عينياً ، رهناً أو حق ارتفاق مثلا ، ثم تقرر بطلان البيع ، فإن البائع يسترد العين خالية من الحقوق العينية التى رتبها المشترى . كذلك لو باع المشترى العين من آخر ، فإن البائع بعد تقرير البطلان يستردها من المشترى الثانى .

٣٤١ — **وجوب تسجيل دعوى البطلان** : على أن البائع فى المثل المتقدم ، حتى يستوثق من الوصول إلى هذه النتيجة ، يجب عليه أن يسجل دعوى البطلان أو أن يؤشر بها على هامش تسجيل العقد الباطل . فقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على أنه « يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى يتضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى » . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يترتب على تسجيل

(١) [وهو ما يسميه بعض الشراح : « الأثر العينى للبطلان » الذى يجعله سارياً قبل الكافة . أنظر رسالة الدكتور جميل الشرقاوى ص ٣٧٨ هامش رقم ٤ وتكملته فى هامش صحيفة ٣٧٩] .

الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » .

ويتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى البطلان ، فإن حقه يزول بتقرير بطلان العقد ، سواء كان سيىء النية أو كان حسن النية . أما إذا تلقى الحق العينى قبل تسجيل دعوى البطلان ، فالظاهر من نص المادة ١٧ أن حقه يزول إذا كان سيىء النية ، ويبقى إذا كان حسن النية . ومهما يكن من أمر — وليس هنا مجال التفصيل فى ذلك — فإن القانون أورد حكماً خاصاً لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، فنص فى المادة ١٠٣٤ على أنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » .

الفصل الثاني

آثار العقد

٣٤٢ — نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع : إذا نشأ العقد صحيحاً فقد خلصت له قوته الملزمة ، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به .

فالمتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد : ومن هنا نرى نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص . ويلتزمان بما تضمنه العقد من التزامات دون غيرها : ومن ثم نرى النسبية من حيث الموضوع(١) .

فالعقد نسبي إذن في قوته الملزمة : (أولا) من حيث الأشخاص . (ثانياً) ومن حيث الموضوع .

ونبحث كلا من هذين الأمرين .

الفرع الأول

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص

٣٤٣ — المتعاقدان والغير : العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين .

---

(١) [يراجع في مبدأ نسبية العقود : رسالة هامة للأستاذ فيل (Weill) عن نسبية العقود في القانون الفرنسي (ستراسبورج ١٩٣٩) — ورسالة أخرى في نفس الموضوع للآنسة سيمون كالاسترنج (تولوز ١٩٣٩) — وبوبسكو : في قاعدة (Res inter alios acta) وحدودها في القانون الفرنسي (رسالة من باريس ١٩٣٤) — وانظر أيضاً مطول بيدان جـ ٩ (المجلد الأول) بند ٨٩٦ وما بعده — ودي باج جـ ١ بند ١١٧ — ١٢٣ (جـ ٢ بند ٦١٤) — ومارتي ورينو جـ ٢ بند ٢٣٣ — وفي الفقه المصري : أبو ستيت (طبعة ١٩٥٤) بند ٢٩١ — مرقس (المصادر) بند ٢٩١ — سلطان (طبعة ١٩٦٢) جـ ١ بند ٢٦٨ — عبد الحي حجازي (طبعة ١٩٦٢) بند ٤٣٦ — الصدة بند ٣٢٣ .

ويبرز بعض الفقهاء الفرق ما بين آثار العقد (الداخلية) وهي التي تنطبق عليها قاعدة النسبية ، ووجود العقد كواقعة يمكن أن يتمسك بها الغير أو أن يحتج بها عليه ، وليس ذلك استثناء من مسألة النسبية وإنما يتعلق بنفاذ العقد أو عدم نفاذه : انظر مارتي ورينو بند ٢٣٣ وبند ٢٤٤ — ودي باج — المرجع السابق في نفس المواضع المشار إليها — وبيدان بند ٨٩٦] .

ولا يجاوزهما إلى الغير إلا فى حالة الاشتراط لمصلحة الغير . فنحن نبحث : (أولا) أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين . (ثانياً) أثر العقد بالنسبة إلى الغير .

المبحث الأول

أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين

٣٤٤ — **الخلف العام والخلف الخاص** : إذا قلنا إن العقد لا يتناول أثره إلا المتعاقدين ، فيجب أن يكون ذلك مقروناً بالتوسع فى فهم كلمة « المتعاقدين » . فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب ، بل المقصود هما ومن يمثلانه فى التعاقد . فالمتعاقدان إذا تعاقدا انصرف أثر العقد إليهما ، وانصرف كذلك إلى الخلف العام ، وقد ينصرف إلى الخلف الخاص[1] .

والخلف العام (ayant - cause à titre universel) هو من يخلف الشخص فى ذمته المالية من حقوق والتزامات ، أو فى جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال ، كالوارث والموصى له بجزء من التركة فى مجموعها .

والخلف الخاص (ayant - cause à titre particulier) هو من يخلف الشخص فى عين معينة بالذات أو فى حق عينى عليها ، كالمشترى يخلف البائع فى المبيع ، والموصى له بعين فى التركة يخلف فيها الموصى ، والمنتفع يخلف المالك فى حق الانتفاع .

والخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، لا يعتبر من الغير فى العقد ، فينصرف إليه أثره على

---

(١) وينصرف كذلك إلى الدائنين على نحو معين سنبينه فى الجزء الثانى عند الكلام فيما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان . وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً هو المادة ٢٠٧ من هذا المشروع ، جرت على الوجه الآتى : « يحتج بالعقد على دائنى المتعاقدين إلا إذا انطوى على غش أو كان عقداً صورياً » . فحذف النص فى المشروع النهائى لأن أحكامه مذكورة بالتفصيل فى نصوص تالية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٤ فى الهامش) . وعند معالجة أثر العقد بالنسبة إلى الدائنين يأتى الكلام فى الدعاوى الثلاث المعروفة : الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ودعوى الصورية (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٨ — ص ٢٦٩) .

وانصراف أثر العقد إلى الدائن لا يعنى أنه خلف عام أو خلف خاص ، بل إن الدائن بالنسبة إلى العقود التى يبرمها مدينه فى موقف يتميز عن موقف كل من الخلف العام والخلف الخاص .

التفصيل الذى نذكره فيما يلى[1] .

المطلب الأول

الخلف العام

٣٤٥ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٥ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هـذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام »[2] .

---

(١) [انظر فى تحديد معنى الخلف العام والخلف الخاص : بيدان جـ ٩ (المجلد الأول) بند ٨٩٩ وما بعده — ودى باج جـ ١ بند ١١٧ بند ١٢٣ — جـ ٢ بند ٦١٤ — وفى الفقه المصرى : حشمت أبو ستيت بند ٢٩٣ — ٢٩٥ وسليمان مرقس بند ٢٩٤ — ٢٩٨ وأنور سلطان بند ٢٩٦ — ٢٧٣ — وعبد الحى حجازى بند ٤٢٢ — ٤٢٥ .

ويلاحظ بالنسبة للدائن العادى أن الفقـه التقليدى كان يلحقه بالخلف العام لأن حقه فى الضمان العام يتأثر بكل تغيير يجريه المدين فى ذمته . وقد اتجه البعض إلى إلحاقه بالخلف الخاص (بونكاز فى مقال له بالمجلة الفصلية سنة ١٩٢٠ ص ١٠٣ وفى تكملة مطول بودرى جـ ٣ بند ٣٦٣ وفى جـ ٥ بند ٣١٦ — ولابورد لاكوست : فكرة الخلف الخاص فى القانون الخاص (رسالة من بوردو ١٩١٦) — غير أن الرأى الراجح هو أن للدائن العادى مركزاً متميزاً — فهو ليس خلفاً عاماً ولا خاصاً (ويقول بهذا الرأى ديموج وبلانيول وريبير ورادوان) انظر فى ذلك : بيدان جـ ٩ (المجلد الأول) بند ٩٠٥ — وعبد الحى حجازى : مصادر الالتزام (طبعة ١٩٦٢) بند ٤٣٥ ص ٦٩٨) . وبهذا الرأى الراجح يأخذ صاحب الوسيط (انظر الهامش السابق)] .

[وقد قضت محكمة النقض بأن الدائن لا يعتبر خلفاً للمدين فى التصرفات الصورية التى تصدر من هذا الأخير ، أو التى تصدر منه بالتواطؤ مع دائن آخر إضراراً بحقه إذ يصبح الدائن فى هذه الحالات من طبقة الغير (نقض مدنى ٢٣/٥/١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٥ ص ٥٢٠)] .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الوارد فى القانون الجديد (فيما عدا تحويراً لفظياً) وأقرته لجنة المراجعة بعد هذا التحوير اللفظى تحت رقم ١٤٩ فأصبح مطابقاً لنص القانون الجديد ثم أقره مجلس النواب ، فلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٥ ، فمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧١ — ص ٢٧٣) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « لا تقتصر آثار العقد على المتعاقدين بذواتهم ، بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية ما لم تكن العلاقة القانونية شخصية بحتة . ويستخلص ذلك من إرادة المتعاقدين ، صريحة كانت أو ضمنية ، أو من طبيعة العقد كما هو الشأن فى شركات الأشخاص والإيراد المرتب مدى الحياة ، أو من نص فى القانون ، كما هى الحال فى حق الانتفاع . وعلى =

٣٤٦ — انصراف أثر العقد إلى الخلف العام : ويتبين من النص المتقدم أن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام . ومعنى ذلك أن الحقوق التي ينشئها العقد تنتقل إلى الوارث بعد موت المورث المتعاقد . أما الالتزامات فيلاحظ في شأنها أن في الشريعة الإسلامية وهي الشريعة التي تطبق في مصر في أكثر الأحوال — مبدأ خاصاً يقضي بألا تركة إلا بعد سداد الدين . ومقتضى هذا المبدأ أن يبقى الالتزام في التركة ، دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث ، حتى ينقضي . ومتى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث . ومن ثم عني التقنين الجديد بتنظيم تصفية التركة ، فأورد نصوصاً هامة في هذا الشأن (م ٨٧٥ — ٩١٤) تنظم سداد ديون التركة ، وتكفل حقوق دائنيها ، وتحمي الغير الذي يتعامل مع الوارث[١] .

ويترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون هذا التاريخ حجة له وعليه[٢] ، وفي الصورية يسري في حقه العقد الحقيقي دون العقد الصوري[٣] .

═ ذلك ينتقل إلى الوارث ما يرتب العقد من حقوق والتزامات . أما الحقوق فيكون انتقالها كاملا . بيد أن حكم الالتزامات يقتضي تحفظاً خاصاً يتصل بأحكام الميراث . ذلك أن الوارث لا يلتزم بديون مورثه وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية إلا بقدر ما يؤول إليه من التركة ... فليس ينبغي أن يعزل هذا النص عن النصوص التي تضمنها المشروع بشأن تصفية التركات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٤٦ (مطابق) . الليبي م ١٤٥ (مطابق) . العراقي م ١/١٤٢ (مطابق) . اللبناني م ٢٢٢ (موافق) .

(١) [أما في فرنسا فإن الخلف العام يعتبر استمراراً لشخصية السلف إيجاباً وسلباً . فيخلفه في التزاماته كما يخلفه في حقوقه لأن العمومية في الاستخلاف تقتضي وحدة لا تنفصم بين الجانب السلبي والجانب الإيجابي . على أن القانون الفرنسي يجيز للوارث (أو الموصى له) أن يرفض التركة أو أن يقبلها بشرط الجرد ، فلا يلتزم إلا في حدود ما آل إليه . (انظر بيدان بند ٨٩٩) — وانظر في انصراف أثر العقد إلى الخلف العام وتأثير قواعد الميراث الشرعية في مصر : أنور سلطان بند ٢٧٠ ص ٣٢٢ و ٣٢٣] .

(٢) وسنرى أن هناك فروضاً يكون فيها الخلف العام من الغير ، فلا يكون العقد حجة عليه إلا إذا كان ثابت التاريخ [قارن ما سيأتي بند ٣٤٨ وهامشه — وقارن : في عدم اعتبار الوارث غيراً بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية : الجزء الثاني من الوسيط بند ١١٩ ص ٢٠٤ — ٢١٢] .

(٣) [ومن الأقضية المتعلقة باعتبار الوارث خلفاً عاماً — ما حكمت به محكمة استئناف أسيوط من أن الوارث خلف عام للمورث ، فلا يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذي يبرمه مورثه ، إذ ينصرف إليه أثره ═

٣٤٧ — متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفاً : على أنه يستثنى من القاعدة المتقدمة أحوال أشير إليها فى المادة ١٤٥ ، وفيها لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقائه خلفاً ، وهى ثلاث :

(الحالة الأولى) إذا اتفق المتعاقدان على ذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين . فإذا أراد أن حقاً أو التزاماً نشأ من العقد يقتصر أثره على شخص المتعاقد ، فلا ينتقل إلى الوارث من بعده ، صح الشرط إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام أو للآداب[1] . فيجوز مثلا أن يتفق المتعاقدان فى بيع على أن يمنح المشترى أجلا لسداد الثمن دون أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته ، فإذا مات المشترى وجب على الورثة دفع الثمن فى الحال من التركة . كذلك يجوز الاتفاق على أن يكون للبائع الحق فى استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة ، على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع[2] .

(الحالة الثانية) إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشىء من العقد تأبى أن ينتقل من المتعاقد إلى خلفه العام[3] . وقد يكون المانع من الانتقال قانونياً أو مادياً . فإذا حصل

=(ما لم يتفق العاقدان على غير ذلك — أو ينص القانون على عدم نفاذ تصرفات المورث إلى الخلف العام ، ومن ذلك القيود التى ترد على الإيصاء — أو إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشىء عن العقد تأبى قيام هذه الخلافة) .

وعلى ذلك فلا يعتبر الوارث بالنسبة لعقد الرهن الصادر من مورثه (المدين) من طبقة الغير التى عناها الشارع فى المادة ٥٨ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، التى توجب قيد الرهن حتى يكون حق الدائن المرتهن نافذاً بالنسبة للغير ، وبالتالى لا يحق له الاحتجاج بعدم القيد ، ولو كان مشترياً لجزء من التركة التى خلفها مورثه والتى انتقلت إليه مع باقى الورثة بما لها من حقوق وما عليها من التزامات . (حكم محكمة استئناف أسيوط فى ٥ مارس ١٩٦١ — المجموعة الرسمية السنة ٦٠ رقم ٧ ص ٥٣)] .

[كما قضى أيضاً بأن الورثة وهم خلف عام لمورثهم لا يملكون من وسائل الإثبات إلا ما كان يملكه مورثهم فى صدد منازعته للمشترى منه فى ملكيته الثابتة له بالعقد المسجل (نقض مدنى فى ٢٣ مارس ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ رقم ٣٥ ص ٢٦٠)] .

(١) [انظر بيدان جـ ٩ بند ٩٠٠ ص ٦ وهامش ٢] .

(٢) ولكن لا يجوز أن يشترط البائع على المشترى أن ما يتبقى من أقساط الثمن بعد موت البائع يدفع إلى أحد الورثة دون الآخرين ، إلا فى حدود الوصية .

(٣) [انظر بيدان : المرجع السابق ، نفس الموضع ، والأمثلة الواردة به — وانظر أنور سلطان بند ٢٧١ — ص ٣٢٤] .

شخص على حق انتفاع بموجب عقد ، فإن هذا الحق لا ينتقل من بعده إلى ورثته . لأن حق الانتفاع تقضى طبيعته القانونية بأن ينقضى بموت صاحبه . وإذا حصل شخص بمقتضى عقد على إيراد مرتب طول الحياة ، فهذا الإيراد لا ينتقل إلى ورثته ، لأن طبيعة الإيراد القانونية والمادية معاً تقضى بانتهائه بموت صاحب الإيراد . كذلك كل التزام نشأ من عقد ، ولوحظت فيه شخصية الملتزم أو صفة خاصة به ، ينقضى بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة نظراً لطبيعة الالتزام المادية ، كفنان أو جراح أو مهندس أو محام يلتزم بالعقد أن يقوم بعمل من أعمال مهنته ، فلا ينتقل التزامه هذا إلى ورثته ولو فى التركة .

(الحالة الثالثة) إذا كان هناك نص فى القانون يقضى بألا ينصرف أثر العقـد إلى الخلف العام . والقانون ينص على ذلك فى مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين قد أرادا هذا ضمناً . من ذلك ما قضت به المادة ٥٢٨ من أن الشركة تنقضى بموت أحد الشركاء ، وما قضت به المـادة ٦٠٢ من أن الإيجار ينقضى بموت المستأجر إذا لم يعقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه ، وما قضت به المادة ٦٢٦ من أن المزارعة تنقضى بموت المزارع ، وما قضت به المادة ٧١٤ من أن الوكالة تنقضى بموت الموكل أو الوكيل .

٣٤٨ — متى لا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره من الغير : وهناك فرض ينظر فيه إلى الخلف العام باعتباره من الغير . وذلك أن القانون يعطى للوارث حقوقاً يتلقاها منه مباشرة لا بطريق الميراث عن سلفه ، ويقصد بهـا حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة به . ولذلك يعتبر الوارث فى هـذه الفروض من الغير بالنسبة إلى هذه التصرفات[1] . فالقانون يبيح للمورث التصرف فى جميع أمواله حال حياته ، معاوضة

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن حق الوارث فى الطعن فى تصرف المورث بأنه فى حقيقته وصية لا بيع وأنه قد قصد به التحايل على أحكام الارث المقررة شرعاً ، هو حق خاص به مصدره القانون وليس حقاً يتلقاه عن مورثه ، وإن كان هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث .

ومن ثم فلا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة على الوارث ، إذ بعد =

أو تبرعاً ، حتى لو أضر هذا التصرف بالورثة ، وحتى لو تعمد المورث هذا الإضرار . أما إذا تصرف فى ماله لما بعد الموت بطريق الوصية ، وهو تصرف لا يكلفه شيئاً فى حياته ، فيتحكم بذلك فى حظوظ ورثته تحكماً يأباه النظام العام[1] ، فإن القانون — والمقصود به هنا الشريعة الإسلامية إذ هى التى تطبق فى مصر غالباً فى هذه المسألة — يتقدم لحماية الوارث ، ويقيد من تصرفات المورث ، فلا يبيح له أن يتصرف فى ماله بطريق الوصية إلا بقدر الثلث . وكالوصية كل تصرف صدر فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع (م ٩١٦ جديد)[2] .

ويترتب على ذلك أنه إذا باع المورث عيناً وهو فى مرض موته لوارث أو لغير وارث محابياً إياه وكان القدر المحابى به يزيد على ثلث التركة ، فإن البيع لا يسرى فى حق الورثة فيما تزيد فيه المحاباة على الثلث إلا إذا أجازوه ، ومن ثم لا يكون عقد البيع حجة عليهم إلا إذا كان ثابت التاريخ[3] . فلو أن تاريخ العقد العرفى يرجع إلى عهد كان المورث فيه

= الوارث فى حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه فى الإرث : نقض مدنى فى ٢١ يونيو ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤] .

(١) [قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البيع الصادر من المورث لأحد ورثته يمس حق وارث آخر فى التركة وقصد به الاحتيال على أحكام الإرث كان لهذا الوارث أن يطعن فى التصرف وأن يثبت بكافة طرق الإثبات أن البيع فى حقيقته يستر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، فهو وصية (نقض مدنى فى ٢٦ فبراير ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ رقم ٨٣ ص ٥٤٨) . — وانظر أيضاً : نقض مدنى فى ٢٤ ديسمبر ١٩٥٣ — مجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧] .

(٢) وهذا بخلاف الدائن فإن القانون يحميه أكثر مما يحمى الوارث ، فلا يبيح للمدين أن يتصرف فى ماله ولو معاوضة إذا قصد الإضرار بالدائن . وفرق ما بينهما أن الوارث يتلقى المال من غير عوض ، أما الدائن فيتلقاه بعوض .

(٣) [والأصح أن يقال : إن الوارث بالنسبة لتصرفات مورثه الصادرة فى مرض الموت يعتبر غيراً من ناحية سريان هذه التصرفات فى حقه ، ولا يعتبر غيراً من ناحية ثبوت التاريخ . فيحتج عليه بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر من مورثه إلى أن يثبت عدم صحته وله أن يثبت ذلك بكافة الطرق لما ينطوى عليه تقديم تاريخ التصرف من غش (انظر الجزء الثانى من الوسيط بند ١١٩ ص ٢٠٦ — ٢١٢ وهوامشها — والدكتور سليمان مرقس فى مصادر الالتزام بند ٢٩٧ — والدكتور أنور سلطان (طبعة ١٩٦٢) ص ٣٢٦ وهوامشها — والدكتور عبد المنعم فرج الصدة فى مصادر الالتزام بند ٣٢٨ ص ٣٦٧ وفى الإثبات ص ١٤٣] .

غير مريض ، لم يكن هذا التاريخ حجة عليهم ، ولهم أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم عمداً حتى لا يظهر أن العقد قد صــدر فى مرض الموت . وقد نص التقنين الجديد على ذلك صراحة فى الفقرة الثانية من المـادة ٩١٦ إذ يقول : « وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق . ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هــذا التاريخ ثابتاً »[1] .

---

(١) [أنظر الوسيط جـ ٢ ص ٢١١ حيث يقرر أن هذه العبارة الأخيرة من المادة غير صحيحة على إطلاقها . فالتاريخ العرفى للتصرف الصادر من المورث يعتبر — بحسب الأصل — حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . ولــكن لا يحتج عليه بهذا التاريخ العرفى إلى الحد الذى يمنعه من إثبات العكس ، بل يجوز له ، ما دام التاريخ غير ثابت أن يقيم الدليل على عدم صحته . وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن] .

[هذا] وقد قضت محــكمة النقض بأنه لا يعتبر الوارث قائماً مقام المورث فى صدد حجية التصرف الذى صدر منه لأحد الورثة إلا فى حالة خلو هذا التصرف من كل طعن . فإذا كان التصرف يمس حق وارث فى التركة عن طريق الغش والتدليس والتحيل على مخالفة أحكام الإرث ، فلا يكون الوارث ممثلا للمورث بل يعتبر من الأغيار ويباح له الطعن فى التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق (نقض مدنى فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠) .

[وقضت أيضاً بأن الأصل فى إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها . وإذا كان القانون قد أعفى من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الــكتابى فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفى لإهدار حجيتها بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأى طريق من طرق الإثبات: نقض مدنى ١٩٥١/١/٨ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩ — وبنفس المعنى : نقض مدنى ١٩٥١/٤/١٩ — مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣] .

ويلاحظ أن الورثة لا يكونون من الغير إلا إذا أثبتوا أن التصرف صادر فى مرض الموت ، ولذلك كان عبء الإثبات عليهم فى ذلك . وقبل هذا الإثبات يكون التــاريخ العرفى للتصرف حجة عليهم لأنهم لم يصبحوا بعد من الغير ، حتى إذا ما أثبتوا أن التصرف صدر فى مرض الموت أصبحوا من الغير ، ولايكون عندئذ حجة عليهم إلا التاريخ الثابت للتصرف — وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن التصرف فى مرض الموت إما أن يكون بمحرر ذى تاريخ ثابت أو غير ثابت ، فاذا كان تاريخه ثابتاً فلايصح الاحتجاج به على الوارث إلا من اليوم الذى اكتسب فيه هذا التاريخ الثابت بناء على أنه من الأغيار ، ولا عبرة فى هذه الحالة بالتاريخ العرفى الذى يحمله المحرر طبقاً للمادة ٢٢٨ مدنى (قديم) . أما إذا كان تاريخه غير ثابت كان للوارث الحق فى أن يثبت بكل الطرق القانونية أن هذا التاريخ صورى وأن التصرف واقع فى مرض الموت . وظاهر أن هذا ترخيص يمنح للوارث المذكور فى هذه الحالة لإثبات ما يدعيه لأنه أجنبى عن التصرف بحيث إذا لم يقم باثباته كان التاريخ العرفى المعترف به من المورث حجة عليه (١٩ أكتوبر =

المطلب الثانى

الخلف الخاص(*)

٣٤٩ – النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٦ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى:

« إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء إليه »(1).

= سنة ١٩٤٧ المحاماة ٣١ رقم ١٣٣ ص ٣٥٧ — أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٧٨ ص ٧٤٠ — استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٩) .

(*) أنظر فى هذا الموضوع مقالاً للأستاذ ليبارنيير (Lepargneur) فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٢٤ ص ٤٨١ — ص ٥٨٣ — ومقالا آخر للاستاذ حامد فهمى فى حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال فى حق الخلف بسبب خاص فى مجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الرابع ص ٤٤ — ٦٥ .[وأنظر بيدان جـ ٩ مجلد ١ بند ٩٠١ وما بعده — وموروجون Mourgeon فى أثر الاتفاقات بالنسبة للخلف الخاص فى القانون الفرنسى (رسالة من باريس ١٩٣٤) ومقال دى جارو دى لاميشيى عن أيلولة الحقوق والالتزامات للخلف الخاص فى المجلة الفصلية المدنية سنة ١٩٤٤ ص ٢١٩ وما بعدها — وفى الفقه المصرى حشمت أبو ستيت (طبعة ١٩٥٤) بند ٢٩٥ ص ٢٧٧ — وسليمان مرقس (المصادر) بند ٢٩٨ ص ٣٩٢ — وأنور سلطان ١٩٦٢ بند ٢٧٣ ص ٣٢٧ — وعبد المنعم فرج الصدة بند ٢٣٩ ص ٣٦٨] .

(1) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٦ من المشروع التمهيدى بما يتفق مع نص القانون الجديد مع تحوير لفظى بسيط . ووافقت أغلبية لجنة المراجعة على استبقائه فى المشروع النهائى تحت رقم المادة ١٥٠ — ووافق عليه مجلس النواب — وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ استبدلت بعبارة « إذا أنشأ العقد حقوقاً والتزامات » عبارة « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية » لأن النص يتعلق بالخلافة الخاصة ولا ينتقل من طريق هذه الخلافة إلا ما كان شخصياً من الحقوق التى يولدها العقد . وحذف من الشق الأخير من النص عبارة « أو يستطيع أن يعلم به » حتى يقتصر حكم النص على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به لدقة الوضع . وأصبح رقم المادة ١٤٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٤ — ص ٢٧٨) .
=

وإذا كان هذا النص قد استحدثه التقنين الجديد ، فإنه — كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى — ليس إلا « تأصيلا لتطبيقات القضائين المصرى والفرنسى فى هذا الشأن »[1] .

= ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٤٧ (مطابق) — الليبى م ١٤٦ (مطابق) العراق م ١٤٢/٢ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل .

(١) [يجمع الفقه الفرنسى أو يكاد ، على أن الخلف الخاص لا تنتقل إليه الالتزامات المتعلقة بالمال الذى آل إليه ما لم يكن هناك نص قانونى يقرر ذلك أو قبل الخلف (صراحة أو ضمناً) انتقال الالتزام إليه . أما الحقوق المتعلقة بهذا المال فتنتقل إليه إذا كانت مرتبطة به ارتباطاً وثيقاً ، مع اختلاف فى تفسير الارتباط على معنيين أحدهما ضيق ، وفى ثانيهما بعض التوسع ، ويبدو أن القضاء متأثر بالنظرة الضيقة التى تفرق بين الحقوق المندمجة فى الشىء أو المعتبرة من توابعه (وهذه تنتقل) كالارتفاقات المقررة للعقار وضمانات الحق المحال ، وبين الحقوق التى لا تكون لصيقة بالشىء ولا تؤثر فى كيانه ، كما لو كان البائع قد تعاقد مع مقاول على إجراء ترميمات فى العين المبيعة ، فحق البائع تجاه المقاول لا ينتقل للمشترى إذ يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التعاقد (انظر بيدان جـ ٩ بند ٨٠٣ وهامش ٢ فى صحيفة ١١ — ومارتى ورينو جـ ٢ بند ٢٣٨ وما بعده — وأوبرى ورو جـ ٢ طبعة سادسة (بمعاونة بارتان) فقرة ١٧٦/١ ص ٩٩) فالتفرقة ما بين انتقال الحقوق والالتزامات المتعلقة بالمال الذى يتلقاه الخلف الخاص لا تزال قائمة فى الفقه والقضاء الفرنسيين (انظر مقال ليبارنيير فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٤ — وقد سبق ذكره) وإن كان من الفقهاء من ينتقد هذه التفرقة ويذهب إلى أن الخلف الخاص « قابلية قانونيــة » لتلقى الالتزامات والحقوق المتعلقة بالمال أو بالحق الذى آل إليه ما دام قد ارتضى ذلك (انظر مقال دى جارو دى لاميشينى عن « قابلية الخلف الخاص لتلقى حقوق والتزامات سلفه » فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٤ ص ٢١٩ وما بعدها) . ويرى جارو دى لاميشينى أن عدم ارتباط الخلف بالالتزامات التى ارتبط بها سلفه إذا كان يرجع إلى قاعدة أنه لا يجوز أن يلتزم المرء رغم أنفه ، فعلاج ذلك هو اشتراط قبول الخلف لهذه الالتزامات صراحة أو ضمناً — وإن كان راجعاً إلى أنه لا يجوز تغيير الملتزم دون رضاء الدائن ، فذلك مردود بأن ارتباط الخلف بالالتزام يتمحض لمصلحة الدائن إذ المفروض أن الالتزام لا ينفذ إلا بمعرفة مالك العقار .

على أن الرأى السائد فى فرنسا فقها وقضاء هو أن الأصل عدم تقيد الخلف الخاص بالالتزامات التى ارتبط بها سلفه مع تعلقها بالمال الذى آل إليه ، ما لم يكن من شأنها أن تضيق أو تعدل فى نطاق الحق المتصرف فيه (انظر فى تحليل القضاء الفرنسى مارتى ورينو جـ ٢ ص ٢٢٠) غير أن الفقه والقضاء يحاولان تبرير التزام الخلف الخاص بالتزامات السلف ، إما على أساس أنه قد ارتضى ذلك صراحة أو ضمناً وإما على أساس أن الالتزام لصيق بالعين بما يجعله شبيهاً بحق الارتفاق ، فهو التزام عينى (انظر فى الالتزام العينى رسالة دى جوجلار (M. de Juglart) — بوردو ١٩٣٧ — ورسالة أبركان (Aberkane) — باريس ١٩٥٥) . — وغنى عن البيان أن الالتزام ينتقل للخلف الخاص إذا وجد نص فى القانون يقضى بذلك (كما فى حالة التزام مشترى المحل التجارى بعقود العمل التى أبرمها البائع ، =

٣٥٠ — وضع المسألة بالنسبة إلى الخلف الخاص : انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص يختلف فى الوضع عن انصراف هذا الأثر إلى الخلف العام . ويحسن بادىء الأمر أن نحدد تحديداً دقيقاً من هو الخلف الخاص . فقد قدمنا أنه هو من يتلقى من سلفه ملكية شىء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشىء . والشىء الذى يتلقاه الخلف قد يكون هو ذاته حقاً عينياً كما هو الغالب ، وقد يكون حقاً شخصياً . فالمشترى خلف خاص للبائع فى الشىء المبيع ، وهذا استخلاف فى ملكية عين معينة . وصاحب حق الانتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على عين معينة . والمحال له خلف للمحيل فى الحق المحال به ، وهذا استخلاف فى حق شخصى . والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذى رهنه ، وهذا استخلاف فى حق عينى واقع على حق شخصى . ويخلص من هذا أن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً ، سواء كان هذا الشىء

= والتزامه بالضرائب المستحقة على المحل متضامناً فى ذلك مع البائع ، والتزام مشترى العقار بعقود الايجار التى أبرمها البائع) — كما أن الالتزام لا ينتقل إلى السلف إذا كانت شخصية السلف ملحوظة فى إبرامه .

إلا أن هناك حالة تسترعى النظر ، وهى حالة العقد الملزم للجانبين الذى يبرمه السلف (كعقد التأمين على العقار المبيع ضد الحريق) فإن انتقال الحقوق المتولدة عن هذا العقد إلى الخلف الخاص تقتضى قيامه بوفاء الالتزامات المقابلة وإلا فإنه يتعرض للدفع — من جانب المتعاقد الآخر — بعدم التنفيذ ، ومن ثم كان لزاماً أن ينتقل إليه العقد بشقيه (الايجابى والسلبى) ، وهذه الفكرة تجعل ارتباط الخلف الخاص بالتزامات العقد رهيناً بمشيئته ، وإن كان عدم التنفيذ لا يعفى السلف من المسئولية ، كما أن لإرادة المتعاقد الآخر دخلا فى ذلك إذ أنه قد يرفض إحلال الخلف محل السلف فى الالتزام .

وقد حاول البعض إرجاع التزام الخلف إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ، إذ يشترط السلف على خلفه أن يقوم بوفاء الالتزامات التى عقدها السلف مع الغير فى شأن المال المتصرف فيه . وهو رأى منتقد لأن الخلف هنا لا يتلقى الالتزام السابق بل يلتزم التزاماً جديداً .

(أنظر فى حوالة العقود الملزمة للجانبين رسالة شارل لاب Lapp : ستراسبورج ١٩٥٠ — وبحث الأستاذ تيليس Teles المقدم للمؤتمر الثالث للقانون المقارن المنعقد بلندن (المجلة الانتقادية للقانون المقارن سنة ١٩٥١ ص ٢١٧) ومارتى ورينو جـ ٢ بند ٨٢٣ — ٨٣٠) . وانظر فيما تقدم الدكتور حشمت أبو ستيت (طبعة ١٩٥٤) هامش ١ فى صحيفة ٢٧٩ — وعبد الحى حجازى (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٤٢٦ وما بعده . وفى التفرقة ما بين الخلف الخاص والمستفيد فى الاشتراط لمصلحة الغير : الدكتور عبد الحى حجازى — مقال فى مجلة العلوم القانونية السنة الخامسة بعنوان « نظرات فى الاشتراط لمصلحة الغير » ص ١٩٠ بند ٢٥] .

حقاً عينياً أو حقاً شخصياً ، أو يتلقى حقاً عينياً على هذا الشيء . أما من يترتب له حق شخصى فى ذمة شخص آخر فلا يكون خلفاً خاصاً له ، بل يكون دائناً . فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر ، بل هو دائن له[1] . والمستأجر من الباطن ليس بخلف للمستأجر الأصلى . إنما خلف المستأجر الأصلى هو المتنازل له عن الإيجار ، لأنه تلقى عنه حقاً شخصياً ، ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له فى ذمته حق شخصى . ولا يعتبر البائع الذى يسترد العين من المشترى بعد فسخ البيع أو إبطاله خلفاً خاصاً للمشترى[2] ، لأن كلا من الفسخ والإبطال له أثر رجعى ، فلا يكون البائع متلقياً الملكية من المشترى كما فى المقايلة بل تعتبر الملكية لم تنتقل منه أصلا إلى المشترى فلا يصح أن يقال إنه تلقاها منه ثانية .

والمثل المألوف فى الخلف الخاص هو من يتلقى عيناً من سلفه[3] كالمشترى يخلف البائع

---

(١) فيجوز أن يستعمل حقوق مدينه بطريق الدعوى غير المباشرة ، كأن يقطع التقادم ضد شخص وضع يده على العين المؤجرة . ويجوز كذلك أن يطعن فى تصرف مدينه بالدعوى البوليصية ، كما إذا باع المؤجر العين متواطئاً مع المشترى حتى يتخلص من حق المستأجر بفرض أن الإيجار غير ثابت التاريخ . [وانظر فى وضع الدائن العادى هامش (١) فى صحيفة (٥٩٧)] .

(٢) [ويشير الدكتور عبد الحى حجازى إلى مثال قريب من ذلك : حالة المرفق العام ، ينتهى التزامه ويرد إلى جهة الإدارة ، فلا تعتبر الإدارة خلفاً خاصاً لملتزم المرفق — انظر حجازى بند ٤٢٥ وحكم نقض ١٩٥٧/٥/٣٠ — الذى أشار إليه . وقد قضت محكمة النقض فى هذا الحكم بأنه إذا انتهت مدة الالتزام (التزام المرفق العام) وعاد المرفق إلى الإدارة فإن الإدارة لا تعتبر بمثابة خلف خاص أو عام لمن كان يقوم بإدارته ، ومن ثم لا تلتزم بما علق به من ديون أو التزامات فى ذمة المستغل بسبب إدارة المرفق (نقض مدنى ١٩٥٧/٥/٣٠ — مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٩ ص ٥٤٦) — وانظر فى نفس المعنى حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٦١/١٢/٣١ (المجموعة الرسمية السنة (٦٠) رقم ٥٤ ص ٤٤٥) — وكذلك قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر ضد ملتزم المرفق العام والحراسة الإدارية التى كانت مفروضة عليه ، لا ينسحب أثره إلى المرفق ذاته بعد إسقاط الالتزام ، ولهذا قضت برفض الطعن المرفوع عن ذلك الحكم من الإدارة الحكومية للمرفق ، لأنه غير منتج (نقض مدنى فى ١٩٦١/١١/٢٢ — مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ رقم ١١٤ ص ٦٩٦)] .

(٣) والظاهر أن انتقال الشيء من السلف إلى الخلف يجب أن يكون بعمل إرادى ، كعقد أو وصية ، فمن يكسب عيناً بالتقادم لا يكون خلفاً خاصاً للمالك الأصلى [وذلك لأنه يتملك العين بسبب مبتدأ من أسباب كسب الملكية لا بسبب ناقل] : (دى هلتس ١ فى الخلف فقرة ٢٢ — حلمى بهجت بدوى فقرة ٢٠١ —[عبد الحى حجازى بند ٤٢٥] — قارن لابورد لاكوست فقرة ١١٦ وما بعدها) . =

فى العين المبيعة . فإذا كان البائع قد أبرم عقداً بشأن العين التى باعها ، فهل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشترى ؟ بديهى أن العقد [illegible] كان قد أبرم بعد انتقال المبيع إلى المشترى فإن أثره لا ينصرف إلى المشترى [illegible] بر من الغير . أما إذا كان العقد قد أبرم قبل انتقال المبيع إلى المشترى ، فهنا يختلف الوضع . إذ يصح التساؤل هل ينصرف أثر هذا العقد إلى المشترى وقد تلقى المبيع والعقد فى شأنه قائم ؟ فلا تعرض إذن مسألة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص إلا إذا توافر شرطان : (أولاً) أن يكون العقد قد أبرم فى شأن الشىء المستخلف فيه . أما إذا كان قد أبرم فى شأن آخر فلا تعرض المسألة ، كما إذا باع شخص عيناً وأصبح المشترى خلفاً خاصاً له فى هذه العين ، فلا محل للتساؤل عما إذا كان هذا الخلف ينصرف إليه أثر قرض عقده البائع حتى لو كان هذا القرض سابقاً على البيع مما جعل العين المبيعة تدخل فى الضمان العام للمقرض ، وليس للمقرض فى هذه الحالة إلا الطعن فى البيع بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها . (ثانياً) أن يكون العقد قد أبرم قبل انتقال الشىء المستخلف فيه للخلف الخاص . فيجب إذن أن يكون هذا العقد ثابت التاريخ وسابقاً على التاريخ الذى انتقل فيه الشىء إلى الخلف[1] .

= والأدق من الناحية الفنية أن يقال إن انتقال الشىء إلى الخلف يكون بأى سبب من أسباب انتقال الملك كالعقد والوصية والتقادم ، ولكن لا ينصرف أثر العقد من السلف إلى الخلف إلا إذا كان انتقال الشىء بعمل إرادى ، فهو وحده الذى يتمشى مع فكرة حوالة الحق أو الدين وهى الفكرة التى يؤسس عليها عادة انصراف أثر العقد إلى الخلف كما سنرى .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « الخلف الخاص هو من يكتسب ممن يستخلفه حقاً عينياً على شىء معين ، كالمشترى والموهوب له والمنتفع ، فإذا عقد المستخلف عقداً يتعلق بهذا الشىء انتقل ما يرتب هذا العقد من حقوق والتزامات إلى الخلف الخاص بشروط ثلاثة : أولها أن يكون تاريخ العقد سابقاً على كسب هذا الخلف لملكية الشىء ويراعى أن العقد يجب أن يكون ثابت التاريخ ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٥) .

والحكم كالعقد لا يتعدى أثره إلى الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشىء إلى الخلف ، ولا يكفى أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشىء إذا كان الحكم قد صدر بعد ذلك (أنظر فى هذا المعنى محكمة مصر الكلية الوطنية فى ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ : المحاماة ٢٠ رقم ٦٢١ ص ١٤٢٨) .

[وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الحكم لا تمتد إلى الخلف الخاص إلا إذا كان الحكم سابقاً على اكتساب الخلف حقه : نقض مدنى ١٩٥٨/٣/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ٣٢ ص ٢٤٣] .

ونأتى بمثلين يبينان الأهمية العملية للمسألة التى نحن بصددها : أمن شخص على منزله من الحريق ثم باعه ، فهل ينتقل للمشترى حق البـائع فى التأمين ؟ باعت شركة أرضاً واشترطت على المشترى أن يكون البناء على نحو معين ، ثم باع المشترى الأرض لمشتر ثان ، فهل ينتقل إلى المشترى الثانى التزام المشترى الأول بالبناء على نحو معين ؟

٣٥١ — متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص : وقد وضع التقنين المدنى الجديد معياراً يعرف به متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص . فذكر أن الحقوق والالتزامات التى تنشأ من العقد تنتقل إلى الخلف الخاص فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء « إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء إليه» . وقد قدمنا أن هذا المعيار ليس إلا تأصيلا لما جرى عليه القضاء فى مصر وفى فرنسا قبل صدور التقنين الجديد .

وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشىء إذا كانت مكملة له ، كما تعتبر الالتزامات من مستلزمات الشىء إذا كانت محددة له . يبرر ذلك أن الحقوق المكملة للشىء إنما هى فى الواقع من الأمر تعتبر من توابع هذا الشىء ، والتابع ينتقل مع الأصل . أما الالتزامات التى تحدد الشىء فيجب أن تنتقل أيضاً معه ، لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك[١] ومن ثم كانت الحقوق المكملة للشىء والالتزامات المحددة له هى من مستلزمات هذا الشىء تنتقل معه إلى الخلف الخاص[٢] . وننظر الآن فى تطبيقات عملية لهذين المعيارين الفرعيين .

---

(١) [انظر الدكتور عبد الحى حجازى (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٤٢٦ حيث يميز ما بين أثر العقد بالنسبة للأشخاص ، ومدى الحق الذى ينتقل للخلف ، ويذكر أن هذه المسألة الأخيرة يحكمها مبدآن (أولهما) أن الخلف لا يستطيع أن يكسب من الحقوق أكثر مما كان لسلفه (وثانيهما) أن الملحقات تتبع الأصل . أما استفادة الخلف الخاص من الحقوق المتعلقة بالشىء الذى آل إليه ، والتزامه أو عدم التزامه بالتزامات السلف ، فهذه مسألة أثر العقد بالنسبة للأشخاص] .

(٢) [قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوصاً فيه على أن كل ما يحدثه المستأجر فى الأعيان المؤجرة من إصلاحات أو إنشاءات يكون ملكا للمؤجر ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فكل الحقوق التى كسبها المؤجر تجاه المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع فتنتقل بحكم القانون إلى المشترى وتبعاً لذلك يكون للمشترى حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناشىء عن فعله غير المشروع بتلك الأعيان (نقض مدنى ١٩٥١/١١/٢٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦ ص ٨٣)] .

٣٥٢ — الحقوق المكملة للشىء : الحق ، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف ، يجب أن يكون مكملا للشىء الذى انتقل إلى الخلف كما قدمنا . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف :

١ — الحقوق العينية التى ترتبت لمصلحة الشىء . فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق للعين ، فإن الخلف الذى تنتقل إليه العين يتلقاها متمتعة بهذا الحق[١] .

٢ — الحق الذى يكون تأميناً للشىء ، سواء كان هـذا التأمين عينياً أو شخصياً ، لأن التأمين يعد مكملا للشىء ، إذ هو يحفظـه ويقويه ، فإذا حول الدائن حقه ، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من كفالة أو رهن أو غير ذلك[٢] .

٣ — وينتقل أيضاً إلى الخلف الحقوق الشخصية التى يكون الغرض منها درء ضرر عن الشىء ، لأن الحق الذى يقصد به وقاية الشىء من الضرر يعد مكملا لهذا الشىء إذ هو يحفظه كما فى التأمينات . فإذا تعـاقد شخص مع شركة لتأمين منزله من الحريق ، ثم باع المنزل ، فإن حقه قبل شركة التأمين ينتقل مع المنزل المشترى[٣] . وينتقل تبعاً لذلك التزام

---

(١) ونحن فى هذا لم نفرق بين ما إذا كان الحق الذى انتقل إلى الخلف حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، خلافاً لما ورد فى الأعمال التحضيرية أمام لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ (قارن أيضاً الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٢٠٤ — فقرة ٢٠٤ مكررة) .

(٢) وكالتأمينات دعاوى الفسخ فهى من شأنها تأكيد الحق ، فالمحال له بالثمن ينتقل إليه حق البائع فى الفسخ إذا لم يستوف الثمن من المشترى ، بخلاف دعاوى البطلان فهى لا تنتقل إذ هى تتنافى مع الحق لا تؤكده . كذلك ينتقل الحق فى الحصول على سند تنفيذى بالدين المحال به (محكمة استئناف أسـيوط فى ٩ مارس سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٨ ص ١٠٤٨) .

(٣) وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسى أولا ، ثم عدل عن ذلك وأصبح الأمر الآن يتعلق بتفسير عقد التأمين ويرد فيه عادة شرط يقضى بانتقال الحقوق الناشئة عنه إلى الخلف بقيود معينة (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٤ هامش رقم ٤) . أما القضاء المصرى فالظاهر أنه يرى أن الحق الناشىء عن عقد التأمين لا ينتقل مع الشىء المؤمن عليـه إلى الخلف (محكمة مصر الوطنية مستعجل فى ١٠ يولية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٧٠ ص ١١٤٣ — استئناف مختلط فى ١٦ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص٣٥) . ولـكن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تشير صراحة إلى عكس ذلك فتقول : « ... أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشىء ، ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له كعقود التأمين مثلا ، أو إذا كانت هذه الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به كما هو=

البائع بدفع أقساط التأمين[1] . ومثل حق البائع فى التأمين حقه قبل البائع له فى ضمان الشىء ضمان استحقاق أو ضمان عيب ، فالبائع لشىء ينقل مع هذا الشىء إلى المشترى حقه فى الضمان.[2] . ومثل هذا أيضاً حق بائع المتجر فى عدم منافسة شخص آخر للمتجر أو فى تقييد موظف قديم فى حريته فى العمل حتى يمتنع عن هذه المنافسة ، هذه الحقوق كسبها صاحب المتجر ليدرأ خطر المنافسة عن متجره فهى مكملة للمتجر وتنتقل معه إلى المشترى .

أما إذا كان الحق لا يمكن اعتباره مكملا للشىء فإنه لا ينتقل إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

١ — حق السلف إذا لم يكن من شأنه تقوية الشىء الذى انتقل إلى الخلف أو درء الخطر عنه . فاذا تعاقد السلف مع مقاول لإقامة بناء على الأرض التى انتقلت إلى الخلف لم ينتقل حق السلف إلى الخلف . ومثل هذا حق صاحب السيارة إذا استأجر مكاناً تأوى إليه السيارة (جراج) ، فإذا باعها لم ينتقل هذا الحق إلى المشترى .

٢ — حق السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته فإذا اشترى طبيب أرضاً يقيم عليها مستشفى متنقلا ، وتعاقد مع بعض المعامل على توريد أدوية معينة فى أوقات محددة لهذا المستشفى . فحقه قبل هذه المعامل لا ينتقل إلى المشترى للأرض بعد نقل المستشفى ، لأن هذا الحق متصل بشخص الطبيب وبالمستشفى لا بالأرض التى بيعت . وإذا باع شخص جزءاً من قطعة أرض وبنى المشترى على هذا الجزء مصنعاً لتوليد الكهرباء ، واشترط البائع على المشترى

= الشأن فى الالتزام بعدم البناء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٥) . انظر أيضاً فى هذا المعنى قانوناً خاصاً صدر فى سويسرا سنة ١٩٠٨ .

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٣١ ص ٤٥٥ .

(٢) وللمشترى أن يرجع بدعوى مباشرة على البائع لبائعه بضمان الاستحقاق أو بضمان العيب أو بأى ضمان اشترطه البائع لنفسه . ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان ، فإن هذا لا يمنع المشترى من الرجوع بالضمان على البائع للبائع . [وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع ينقل للمشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به ومنها حق البائع فى تسلم المبيع من البائع السابق . وهذا الأثر يترتب على عقد البيع ولو لم يكن مسجلا ، باعتباره من الحقوق الشخصية التى تتولد عنه : نقض مدنى ١٩٥١/١٢/٢٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ٥٣ ص ٣٠١)] .

أن يورد الكهرباء لبقية الأرض بسعر مخفض ، فان هذا الشرط لا ينتفع به المشترى لبقية الأرض لأنه شرط خاص بشخص البائع .

٣٥٣ — *الالتزامات المحددة للشيء* : والالتزام ، حتى ينتقل من السلف إلى الخلف ، يجب أن يكون محدداً للشيء(١) . وعلى ذلك ينتقل إلى الخلف :

١ — الارتفاقات العينية التى ترتبت على الشيء إذا كانت قد شهرت طبقاً لما يقتضيه القانون . فإذا كان السلف قد رتب بمقتضى عقد حق ارتفاق على العين ، فإن العين تنتقل مثقلة بهذا الحق إلى الخلف ، أما إذا كان ما رتبه السلف التزاماً شخصياً كالتزام المؤجر ، بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها ، فلا تنتقل التزاماته إلى المشترى إلا بنص فى القانون أو باتفاق خاص بين السلف والخلف(٢) .

---

(١) ويقال عادة إن الالتزام ينتقل إلى الخلف عن طريق حوالة الدين ، كما ينتقل الحق إليه عن طريق حوالة الحق . وقد كان التقنين المدنى القديم لا يعرف حوالة الدين ولم يكن فيه نص يقضى بانصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص ، ومن ثم كانت هناك مشقة فى تأصيل انتقال الالتزام إلى الخلف ، فلجأ الفقه إلى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير مصوراً أن السلف اشترط على الخلف أن يقوم بالالتزام لمصلحة الدائن (نظرية العقد للمؤلف ص ٧٤١ هامش رقم ١ — قارن الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ٢٠٧ وما بعدها) ، أما فى التقنين المدنى الجديد فلا حاجة بنا إلى هذا التصوير بعد أن اعترف هذا التقنين بحوالة الدين ونظمها فى نصوصه . بل إن نص المادة ١٤٦ من التقنين المدنى الجديد أصبح الآن يكفى وحده سنداً لانصراف أثر العقد إلى الخلف ، وتكون حوالة الحق أو الدين تمت بحكم القانون .

(٢) كذلك التزام صاحب المتجر نحو مستخدميه لا ينتقل إلى المشترى للمتجر ، فلا يجبر المشترى على احترام عقود هؤلاء المستخدمين إلا إذا اشترط عليه ذلك . ويبقى البائع وحده مسئولا نحوهم ، كما أن حق البائع قبلهم لا ينتقل إلى المشترى — هذا ويلاحظ أن المتجر فى ذاته مجموع من المال ، فلو اعتبرنا أن المشترى يخلف البائع فى هذا المجموع فيصبح بهذا الاعتبار خلفاً عاماً ، لانتقلت جميع حقوق المتجر والتزاماته إلى المشترى ، وقد يدخل فى ذلك حقوق المتجر والتزاماته نحو المستخدمين إذا اعتبرناها داخلة فى هذا المجموع من المال . ولكنا نعتبر مشترى المتجر خلفاً خاصاً لبائعه ، لأن المتجر وإن كان فى ذاته مجموعاً من المال ، إلا أنه بالنسبة إلى مجموع مال البائع لا يخرج عن أن يكون عيناً معينة وليس بجزء شائع فى هذا المجموع . [غير أن المشرع خرج فى قانون عقد العمل الفردى على هذه المبادىء العامة فقرر فى المادة ٨٥/٢ من القانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ — أن عقد استخدام عمال المنشأة يبقى قائماً مع الخلف حتى لو كان خلفاً خاصاً وقرر فى الفقرة ٣ من المادة ٨٥ مسئولية الخلف مع السلف بالتضامن فى الالتزامات التى رتبها العقد قبل انتقال ملكية المنشأة . وقد كانت هذه الأحكام نفسها مقررة بمقتضى الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٤٨ من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ — وبذلك لم يعد لتغير شخصية المالك أثر على =

٢— الالتزام الذى يقيد من استعمال ملكية العين ويكيف هذا الاستعمال . فإذا التزم السلف بعقد ألا يستعمل المنزل الذى يملكه فى حى للسكنى مقهى أو مطعماً ، انتقل هذا الالتزام إلى الخلف . كذلك إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه كيف شاء ، كأن يمنع من تجاوز حد معين فى الارتفاع بالبناء أو فى مساحة رقعته ، فإن هذه القيود ، سواء اعتبرت التزامات شخصية أو ارتفاقات عينية ، تنتقل إلى المشترى بمقتضى هذه القاعدة أو بمقتضى القاعدة السابقة . وقد اعتبرها القانون الجديد (م ١٠١٨) ارتفاقات عينية ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٣— التزام السلف الذى يغل يده عن استعمال بعض حقوق المالك ، كمن اشترى أرضاً من شركة تعمل فى استخراج المعادن فاشترطت عليه الشركة ألا يرجع عليها بتعويض إذا أصابه ضرر بسبب ما تقوم به الشركة من الأعمال ، وكصاحب المتجر يلتزم أن يمتنع عن مباشرة التجارة فى جهة معينة كفاً للمنافسة[1] .

أما إذا كان الالتزام لا يحدد الشىء الذى انتقل إلى الخلف ، فلا ينتقل مع الشىء إلى الخلف . وعلى ذلك لا ينتقل :

(١) التزام السلف إذا كان لا يثقل العين أو يكيف من استعمالها أو يمنع من استعمال

= مركز العامل . وهذه الحماية التى قررها القانون للعمال تتفق مع الاتجاه الحديث فى القانون المقارن انظر فى شرح هذه النصوص : الدكتور جمال زكى : عقد العمل فى القانون المصرى طبعة ١٩٥٦ بند ٢٠٥ ص ٤٩٥ — ٤٩٩ — ثم كتابه « الوجيز فى قانون العمل » طبعة ١٩٦٢ بند ١٨٨ ص ٣٢٤ — ٣٢٨ — وانظر أيضاً المادة ٤٢ من قانون عقد العمل الفردى رقم ٤١ لسنة ١٩٤٤] .

(١) انظر مع ذلك محكمة الاستئناف المختلطة وقد قضت بأنه إذا اشترى شخص من آخر حق صنع مواد معينة والتزم بأن يمتنع عن تصدير هذه المواد إلى الخارج قطعاً للمنافسة ، ثم باع الحق الذى اشتراه إلى مشتر ثان ، فإن الالتزام الذى ترتب فى ذمته لا ينتقل إلى المشترى الثانى (٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٣٨ — ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٧) .

ويقع أن تبيع الحكومة أرضاً ، وتشترط على المشترى أنها « إذا نزعت ملكيتها للمصلحة العامة فى خلال مدة معينة فلا تلتزم إلا برد الثمن فقط » فإذا باع المشترى الأرض لمشتر ثان التزم المشترى الثانى بهذا الشرط باعتباره خلفاً خاصاً للمشترى الأول .

بعض حقوقها . فالتزام بائع الأرض الذى اتفق مع مقاول على البناء لا ينتقل إلى مشترى الأرض كما لا ينتقل الحق على النحو الذى قدمناه . والتزام بائع السيارة نحو صاحب « الجراج » لا ينتقل الى من اشترى السيارة كما لا ينتقل الحق[1] . كذلك لا ينتقل التزام السلف بتعويض ما أحدثه الشىء الذى انتقل الى الخلف من الضرر ، سواء كان هذا التعويض ناشئاً عن عقد قدر فيه الضرر أو كان ناشئاً عن العمل الضار ذاته[2] .

٢ — التزام السلف إذا اعتبرت فيه شخصيته . فليس على من اشترى ما وُهب لبائعه على أن يقوم البائع بالنفقة على الواهب أو بخدمته ، قضاء شىء من ذلك .

٣٥٤ — وجوب علم الخلف بالالتزامات والحقوق حتى تنتقل إليه : وغنى عن البيان أن الخلف لا تنتقل إليه التزامات سلفه أو حقوقه إلا إذا كان عالماً بها وقت انتقال الشىء إليه . وأهمية هذا العلم تظهر بنوع خاص فى انتقال الالتزامات ، لأنها قيود تنتقل إلى الخلف فمن العدل أن يكون عالماً بها وقت انتقالها إليه[3] .

ويشترط العلم اليقينى لا مجرد استطاعة العلم . وقد كان كل من المشروع التمهيدى والمشروع النهائى للتقنين المدنى الجديد يكتفى باستطاعة العلم ، ولكن لجنة القانون المدنى

---

(١) ويمكن القول بوجه عام أنه إذا لم ينتقل الحق ، فإن الالتزام هو أيضاً لا ينتقل .

(٢) استئناف مختلط فى ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص٢٢٣ — ولا ينتقل إلى المشترى الالتزام الذى نشأ عن وعد بالبيع صدر من البائع قبل أن يبيع العين للمشترى .

(٣) [هذا بالنسبة إلى انتقال الالتزامات] . أما فى انتقال الحقوق إلى الخلف الخاص ، فيعتد بالعلم ولو تأخر عن وقت انتقال الشىء إلى الخلف ، والدليل على حصوله يستخلص على كل حال من مجرد مطالبة الخلف بالحق .

وإذا كان العقد ، مصدر الحق الذى انتقل إلى الخلف ، عقداً ملزماً للجانبين ، وتمسك الخلف بالحقوق الناشئة عن هذا العقد ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطالبه بالالتزامات المقابلة ولو لم يعلم (الخلف) بهذه الالتزامات وقت انتقال الشىء إليه . ذلك أن المتعاقد الآخر يستطيع أن يطلب فسخ العقد الملزم للجانبين ، وأن يدفع بعدم تنفيذ هذا العقد ، إذا هو لم يستوف هذه الالتزامات المقابلة [انظر ما تقدم فى هامش صحيفة ٦٠٥ من هذا الكتاب — وانظر أيضاً الدكتور سليمان مرقس — مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٠ ص ٤٠١ فى نهاية فقرة ٣٠٥)]

بمجلس الشيوخ عدلت النص حتى يقتصر حكمه على ما يعلم به الخلف من الحقوق والالتزامات دون أن يجاوزه إلى ما كان يستطيع أن يعلم به[1].

ويغنى عن العلم التسجيل أو القيد فى الحقوق العينية التى يجب شهرها ، طبقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

المبحث الثانى

أثر العقد بالنسبة إلى الغير

٣٥٥ — *الخلف قد يكون من الغير* : قدمنا أن كلا من الخلف العام والخلف الخاص ينصرف إليه أثر العقد ، إلا فى أحوال معينة يصبح فيها من الغير .

فالخلف العام يكون من الغير ، كما رأينا ، إذا أثبت أن التصرف الذى صدر من سلفه قد صدر فى مرض الموت ، فلا يسرى التصرف فى حقه إلا على اعتبار أنه وصية .

والخلف الخاص يكون من الغير ، ولا ينصرف إليه أثر العقد ، إذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشىء إلى الخلف ، أو كان الحق أو الالتزام الناشىء من العقد غير مكمل للشىء أو غير محدد له .

ونتبين من ذلك أنه إذا كانت القاعدة هى ألا يكون الخلف من الغير ، فينصرف إليه أثر العقد ، إلا أن الخلف ، عاماً كان أو خاصاً ، يصبح فى أحوال معينة من الغير ، فلا ينصرف إليه أثر العقد أصلا ، أو ينصرف إليه على اعتبار أنه وصية[2].

---

(١) انظر الأعمال التحضيرية التى سبقت الإشارة إليها آنفاً — فقرة ٣٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٧ — ٢٧٨) — [وانظر الدكتور أنور سلطان مصادر الإلتزام طبعة ١٩٦٢ ص ٣٣٠] .

(٢) [انظر فى تحديد معنى الغير : كولان وكابيتان وجوليو دى لاموراندير (الطبعة العاشرة) ج ٢ بند ١٧٩ — وعندهم أن الغير يقتصر على الأجنبى عن العقد ، الغريب عن طرفيه تماماً — وريبير وبولانجيه فى الجزء الثانى من وجيز بلانيول (الطبعة الرابعة) بند ٥٤٧ وما بعده — حيث يدرجان =

٣٥٦ — *الغير الأجنبي أصلا عن العقد* : أما الغير ، الذى لم يكن طرفاً فى العقد ولا خلفاً لأحد من المتعاقدين ، وهو ما يسمى بالغير الأجنبى أصلا عن العقد (penitus extranei) ، فلا ينصرف اليه أثر العقد ما دام بعيداً عن دائرة التعاقد . فالصلح الذى يقع بين الدائن والورثة لا يسرى فى حق بقية الورثة . والعقد الذى يصدر من أحد الشركاء فى الشيوع لا يقيد بقية الشركاء إلا فى حدود الفضالة . وبيع ملك الغير لا يسرى فى حق المالك الحقيقى الذى لم يكن طرفاً فى العقد[1] .

على أن اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل قد تقضى بانصراف أثر العقد إلى الغير .

فالعدالة قد تقضى بأن يكون للغير دعوى مباشرة (action directe) هى دعوى أحد المتعاقدين على الآخر فى عقد لم يكن هذا الغير طرفاً فيه . ولا يكون ذلك إلا بنص خاص فى القانون . من هذا ما تقضى به المادة ٥٩٦ من أن يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر . فالمؤجر يرجع إذن بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن ، هى دعوى المستأجر الأصلى فى عقد الإيجار من الباطن ، مع أن المؤجر لم يكن طرفاً فى هذا العقد . وكذلك يكون

= أيضاً الخلف العام والدائن العادى تحت مدلول كلمة الغير — وبيدان جـ ٩ فقرة ٩٢٣ حيث يقرر أن الغير هو كل من لم يرتض صراحة أو ضمناً أن يصبح دائناً أو مديناً بمقتضى الاتفاق ، وهو يرى أن كلمة الغير تنتظم الأجنبى عن العقد ، والدائن العادى ، كما تنتظم أيضاً الخلف الخاص فى الأصل أى فى غير الحالات التى يتأثر فيها الخلف الخاص بتصرفات سلفه المتعلقة بالعين التى انتقلت من السلف إلى الخلف] .

[انظر أيضاً رسالة أوسيل (Aussel) عن فكرة الغير فى القانون المدنى الفرنسى — رسالة من مونبلييه سنة ١٩٥٣] .

(١) [وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن الشفيع يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة (نقض مدنى ١٥ مايو ١٩٥٢ — مجموعة أحكام النقض — ٣ — رقم ١٦١ ص ١٠٦٣ ونقض مدنى ٢٩ يناير ١٩٥٣ — نفس المجموعة — ٤ — رقم ٥٩ ص ٤١١ ونقض مدنى ٢٥ مارس ١٩٥٤ — نفس المجموعة — ٥ — رقم ١٠٤ ص ٦٣٥ وترتيباً على ذلك يجوز للشفيع أن يثبت صورية الثمن بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة (نقض مدنى ٢ أبريل ١٩٥٩ — نفس المجموعة — ١٠ — رقم ٤٦ ص ٣٠٣)] .

للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز المقدار الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلى وقت رفع الدعوى (م ٦٦٢) وللموكل ونائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر (م ٧٠٨) . وسنعرض تفصيلا للدعوى المباشرة عند الكلام فى الدعوى غير المباشرة .

واستقرار التعامل قد يقضى بأن ينصرف أثر العقد لمن لم يكن طرفاً فيه . كالتصرف الذى يصدر من الوارث الظاهر فإنه يسرى فى حق الوارث الحقيقى مع أن هذا لم يكن طرفاً فيه[1]، وكالإيجار الذى يصدر من غير المالك دون غش لمستأجر حسن النية فإنه يسرى فى حق المالك الحقيقى فى بعض الأحوال .

ولكن الأثر الذى انصرف إلى الغير فى الأحوال المتقدمة أثر غير مقصود ، لم يرده المتعاقدان وقت التعاقد ، فهو مبنى على اعتبارات لا دخل للارادة فيها[2] .

أما أن التعاقد ينتج أثراً ينصرف إلى الغير ويكون أثراً مقصوداً أراده المتعاقدان ، فذلك ما تكفلت ببيان الحكم فيه المادة ١٥٢ من التقنين المدنى الجديد ، إذ تقول :

« لا يرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً »[3] .

---

(١) [انظر : نظرية الأوضاع الظاهرة للدكتور عبد الباسط جميعى (رسالة من القاهرة — سنة ١٩٥٦) وقد سبقت الإشارة إليها] .

(٢) [انظر فى حالات الخروج الحقيقى على قاعدة نسبية العقود ، وانصراف أثر العقد إلى الغير : بيدان جـ ٩ بند ٩٣١ — ٩٣٣ وقد أشار فى بند ٩٣٢ إلى العقود الجماعية وخاصة عقد العمل المشترك — وانظر فى ذلك أيضاً الدكتور حشمت أبوستيت مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٤ بند ٣٠٣ ص ٢٨٣ — ٢٨٤ — وبنفس المعانى : الدكتور أنور سلطان — مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٢ بند ٢٧٦ ص ٣٣٢ وما بعدها — والدكتور عبد الحى حجازى مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٢ بند ٤٣٦ ص ٧٠٠ — ٧٠١ — وانظر أيضاً دى باج جـ ١ بند ١٢٠ مكرر ثالثاً] .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٠٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لنص القانون الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة لتعديله ، ثم انتهت اللجنة إلى إقراره كما هو تحت رقم المادة ١٥٢ . ووافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ =

فالتعهد عن الغير لا ينصرف أثره إلى الغير ، ولا يرتب فى ذمته التزاماً . والاشتراط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير ، ويكسبه حقاً .

ونبحث الآن كلا من هاتين المسألتين : (١) التعهد عن الغير . (٢) والاشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول

التعهد عن الغير (*)

(Promesse de porte—fort)

٣٥٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٣ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

= ص ٣٠١ — ص ٣٠٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « الأصل فى العقود أن تقتصر آثارها على عاقديها . فلا يترتب ما تنشىء من التزامات إلا فى ذمة المتعاقدين ومن ينوب عنهم من الخلفاء والدائنين ، وليس الوعد بالتزام الغير إلا تطبيقاً لهذه القاعدة . وكذلك الشأن فيما ترتب العقود من حقوق ، فلا ينصرف نفعها إلا إلى المتعاقدين ومن ينوب عنهم . على أنه يجوز الاشتراط لمصلحة الغير ، وهذا هو الاستثناء الوحيد الذى يرد على القاعدة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٢) .

ويقابل هذا النص النصوص الآتية فى التقنين المدنى القديم :

« م ١٤١/٢٠٢ : لا تترتب على المشارطات منفعة لغير عاقديها ... » .

« م ١٤٢/٢٠٣ : لا يترتب على المشارطات ضرر لغير عاقديها ... » .

ويقابله فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٣ (مطابق) — الليبى م ١٥٤ (مطابق) — العراق لامقابل (ولكن النص يتفق مع القواعد العامة) — اللبنانى م ٢٢٥ (مقارب) .

(*) بعض المراجع : تامبواز (Tamboise) رسالة من ليل سنة ١٩٠٦ — بللومابر (Bellomayre) رسالة من باريس سنة ١٩٠٧ — سافاتييه (Savatier) فى (Répertoire pratique du notariat) سنة ١٩٢٨ ص ٦١ و ص ١٠٠ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٧٠ وما بعدها — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٢٦٣ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ فقرة ٣٠٥ وما بعدها . [الدكتور سليمان مرقس بند ٣١١ ص ٤٠٨ وما بعدها — الدكتور أنور سلطان طبعة ١٩٦٢ بند ٢٧٧ ص ٣٣٥ وما بعدها — الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بند ٣٤٠ ص ٣٧٨ — الدكتور عبد الحى حجازى بند ٤٣٧ ص ٧٠٢ — بيدان جـ ٩ فقرة ٦٣٤ — دى باج جـ ٢ بند ٧٢٩ ص ٦٦٠ — فلاتيه : العقود لحساب الغير — باريس ١٩٥٠] .

« ١ — إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده . فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به » .

« ٢ — أما إذا قبل الغير هذا التعهد ، فإن قبوله لاينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد »[1] .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى القديم . إلا أن النص لايستحدث حكماً جديداً فقد كان الفقه والقضاء يجريان على مقتضاه قبل صدور التقنين المدنى الجديد .

٣٥٨ — الصور العملية للتعهد عن الغير : والتعهد عن الغير غير نادر الوقوع فى الحياة العملية . ويراد به فى الغالب علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضاء ذى الشأن لسبب ، فيلتزم عنه غيره . مثل ذلك شركاء فى الشيوع يتصرفون فى الشىء الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات بيع مال القاصر ، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد

---

(١) تاريخ النص : ورد هـذا النص فى المادة ٢٠٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لا يلزم الغير بوعده ولكن يلزم نفسه . ويجب عليه أن يعوض من تعاقد معه إذا رفض الغير أن يلتزم . ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى وعد به ، اذا كان ذلك فى استطاعته من غير أن يضر بالدائن — ٢ — أما إذا أقر الغير هـذا الوعد فإن إقراره لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن ينسحب أثر الإقرار إلى اليوم الذى صدر فيه الوعد » . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية على النص وأصبح رقمه ١٥٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ استبدلت كلمة « تعهد » ومشتقاتها بكلمة « وعد » ومشتقاتها ، لأن التعهد يؤدى معنى الالتزام وهذا ما لا يفيده الوعد ، وحذفت عبارة « إذا أمكن ذلك دون إضرار بالدائن » من الفقرة الأولى ، وأدخلت تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٥ — ص ٣٠٩) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٤ (مطابق) — الليبى م ١٥٥ (مطابق) — العراق م ١٥١ (موافق) — اللبنانى م ١٩٣ و م ٢٢٦ (موافق) .

ولا يستطاع انتظاره خوف ضياع الصفقة ، أو كانوا يقتسمون الشيء الشائع وفيهم من هو ناقص الأهلية ويبغون توقى الإجراءات المعقدة للقسمة القضائية . فى مثل هـذه الأحوال يتعاقد الشركاء الذين يصح لهم التعاقد ، عن أنفسهم وملتزمين عن غيرهم ممن لا يستطيع التعاقد لسبب من الأسباب المتقدمة . كذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة ، ولم يتمكن من الحصول على إذن فى ذلك من الموكل ، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل .

٣٥٩ — *مقومات التعهد عن الغير وتمييزه عما يقاربه* : ويجب حتى يقوم التعهد عن الغير أن تتوافر المقومات الثلاثة الآتية :

(أولا) أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذى يتعهد عنه . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير وبين الوكيل والفضولى ، فالوكيل يعمل باسم الأصيل ، وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لا إليه . والفضولى يعمل باسم رب العمـــل ولمصلحته ، فيلزمه بعمله . أما المتعهد عن الغير فيعمل باسمه ، وينصرف إليه هو أثر العقد[1] .

(ثانياً) أن يريد المتعهد عن الغير أن يلزم نفسه بهذا التعهد لا أن يلزم الغير . ذلك أنه إذا تعاقد باسمه وأراد إلزام الغير بتعاقده ، فإن العقد يكون باطلا لاستحالة المحـل ، إذ أنه لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن الملتزم طرفاً فيه . والتزام الغير إنما يأتى لا من تعاقد المتعهد بل من عقد آخر يتم بقبول الغير للتعهد كما سنرى . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والمشترط لمصلحة الغير . فالمشترط لمصلحة الغير يريد أن يجعل للغير حقاً مباشراً يكسبه من ذات العقد الذى أبرمه المشترط ، وهـذا ما يجعل الاشتراط لمصلحة الغير استثناء من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير ، ويجعل

---

(١) [انظر الدكتور عبد الحى حجازى مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٢ بند ٤٤١ — ودى باج ج ٢ بند ٧٣٥ و ٧٣٦ حيث يرى ان الفضالة قد تقترن بتعهد عن الغير — واظر أنور سلطان بند ٢٧٩] .

التعهد عن الغير لا خروج فيه على هذه القاعدة[1] .

(ثالثاً) أن يكون الالتزام الذى أخذه المتعهد على نفسه هو القيام بحمل الغير الذى تعهد عنه على قبول هذا التعهد . فالمتعهد إذن يلتزم دائماً بعمل شيء[2] (obligation de faire) . أما الغير إذا قبل التعهد ، فإنه يلتزم بهذا التعهد . وقد يكون محله عمل شيء كأن يقوم ببناء منزل ، أو الامتناع عن شيء كأن يمتنع عن منافسة متجر ، أو نقل حق عينى ، كما إذا تعاقد الشركاء فى الشيوع متعهدين عن شريك لهم على بيع الشيء الشائع . والتزام المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد هو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) وليس التزاماً ببذل عناية (obligation de moyen) . فليس يكفى أن يبذل المتعهد ما فى وسعه لحمل الغير على قبول التعهد ، بل يجب أن يصل فعلا إلى هذه الغاية فيقبل الغير التعهد[3] . ولكن إذا قبل الغير التعهد ، وقف التزام المتعهد عند هذا ، فلا يكفل تنفيذ الغير للتعهد . ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل . فالكفيل يكفل تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد ، ولا يكفل إيجاده . أما المتعهد عن

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد أشير ابتداء إلى الفارق الجوهرى بين الاشتراط لمصلحة الغير والوعد بالتزام الغير (التعهد عن الغير) . فالأول يخول الغير حقاً مباشراً ، على نقيض الثانى فهو لا يلزم الغير بذاته . فالواعد يلتزم شخصياً ، ويكون من واجبه أن يعوض من تعاقد معه عيناً أو نقداً إذا رفض الغير أن يتعاقد . ومؤدى هذا أن الغير لا يلتزم إلا بمقتضى إقراره للوعد ، ولا يكون لهذا الإقرار أثر إلا من وقت صدوره ما لم تنصرف النية إلى غير ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩ — ص ٢٧٠) .

(٢) [انظر بيدان جـ ٩ بند ٩٣٦ — ودى باج جـ ٢ بند ٧٣٣ — وانظر كذلك الدكتور عبدالحى حجازى — فقرة ٤٤٤ — وهو يشير إلى آراء أخرى فى طبيعة التزام المتعهد منها رأى يقول بأنه التزام بدفع مبلغ من النقود بشرط واقف هو رفض الغير أن يلتزم (انظر المرجع السابق بند ٤٤٣ فى نقد هذا الرأى) ورأى آخر يعتبر التزام المتعهد التزاماً بالضمان ومؤداه أن المتعهد يؤمن المتعاقد معه من خطر رفض الغير للالتزام (بند ٤٤٦) ويفضل الدكتور حجازى اعتباره التزاماً بالضمان أى بتحمل خطر رفض الغير للالتزام أو رفضه القيام بالأداء المطلوب (المرجع السابق بند ٤٤٨) .

(٣) [انظر فى هذا المعنى : أبوستيت بند ٣٠٦ — حجازى بند ٤٤٥ — سلطان بند ٢٧٨ : (التزام المتعهد هو التزام بنتيجة . وهى الحصول فعلا على قبول الغير للتعهد — ولكن التزام المتعهد لا يشمل ضمان تنفيذ الغير للتعهد الذى قبله) .

الغير فيكفل إيجاد الالتزام فى ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه[1] .

٣٦٠ — للغير أن يقبل التعهد أو يرفضه : والغير حر فى قبول التعهد أو رفضه ، ذلك أن التعهد لم يلزمه بشيء كما قدمنا ، فهو أجنبي عن العقد أصلا (penitus extranei) فلا ينصرف إليه أثره . وهذا ما يجعل التعهد عن الغير مجرد تطبيق للقواعد العامة كما مر .

ويبقى أن نستعرض الحالتين : (١) قبول الغير للتعهد . (٢) ورفضه اياه .

§ ١ — قبول الغير للتعهد

٣٦١ — كيف يكون القبول[2] : يكون القبول صريحاً أو ضمنياً . ومثل القبول الضمنى أن يقوم الغـير بتنفيذ التعهد . والقبول تصرف قانونى ، فتشترط فيه الأهلية . ولا يشترط فيه شكل خاص إلا إذا اشترط القانون ذلك ، كما فى الرهن الرسمى والهبة[3] .

٣٦٢ — أثر القبول : يعتبر التعهد — وهو عقد بين المتعهد والمتعـاقد معه —

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هـذا الصدد ما يأتى : « فإذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ، ونصب نفسه زعيماً بذلك ، فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام هذا الغير ، وكل ما هنالك أن الواعد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شيء هو الحصول على إقرار الغير للوعد الذى بذل عنه . ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه الدقة . فليس يكفى عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل ما فى وسعه للحصول عليه ، ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا ارتضى إقراره . وهذا ما يفرق الوعد بالتزام الغير عن الكفالة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦) .

[انظر الدكتور عبد الحى حجازى — المرجع السابق بند ٤٣٧ — ويرى الدكتور أبو ستيت أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يتعهد شخص عن الغير ثم يكفل للمتعاقد تنفيذ الالتزام . وفى هذه الحالة يطبق على كل من العقدين (التعهد عن الغير ، والكفالة) قواعده الخاصة : (المرجع السابق بند ٣٠٦ ص٢٨٦ وهامش (١) بها)] .

هذا وقد قضى تقنين الالتزامات السويسرى (م ١١١) بأن المتعهد عن الغير لا يكفل إيجاد الالتزام فى ذمة الغير فحسب ، بل يكفل أيضاً تنفيذ هذا الالتزام . فالتعهد عن الغير فى القانون السويسرى يتضمن الكفالة .

(٢) ratification .

(٣) [انظر دى باج جـ ٢ بند ٧٤٩ — وأنور سلطان بند ٢٨٥ ص ٣٤٠] .

بمثابة إيجاب معروض على الغير من جانب المتعاقد مع المتعهد . فإذا قبل الغير التعهد فقد قبل هذا الإيجاب ، وتم عقد جديد بين الغير والمتعاقد مع المتعهد . وهذا العقد الجديد هو غير العقد الذى تم أولا بين المتعهد والمتعاقد معه .

ويختلف العقدان من حيث أطراف التعاقد ، ومن حيث الالتزامات التى تنشأ ، ومن حيث الوقت الذى يتم فيه كل منهما .

أما من حيث أطراف التعاقد ، فالعقد الأول طرفاه المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثانى طرفاه المتعاقد مع المتعهد والغير . فهناك طرف مشترك فى العقدين ، هو المتعاقد مع المتعهد . أما الطرف الآخر فمختلف ، وهو المتعهد فى العقد الأول والغير فى العقد الثانى .

وأما من حيث الالتزامات ، فالعقد الأول ينشىء التزاماً بعمل شيء فى ذمة المتعهد ، هو حمل الغير على قبول التعهد . والعقد الثانى ينشىء التزاماً فى جانب الغير قد يكون محله نقل حق عينى أو عملا أو امتناعاً عن عمل . وقد مر بيان ذلك .

وأما من حيث وقت تمام العقد ، فالعقد الأول يتم عند تلاقى الإيجاب والقبول من المتعهد والمتعاقد معه . والعقد الثانى لا يتم إلا عند صدور القبول من الغير . فليس للقبول إذن أثر رجعى ، إلا إذا تبين أن الغير قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد ، كما هو صريح نص الفقرة الثانية من المادة ١٥٣ وقد مر ذكرها . فإذا تعاقد شركاء فى الشيوع متعهدين عن قاصر فيهم ، وقبل القاصر التعهد بعد بلوغه سن الرشد ، فالمفهوم ضمناً أن القاصر قصد أن يكون لقبوله أثر رجعى ، يستند إلى وقت تعاقد الشركاء . وإذا قصد الغير أن يكون لقبوله أثر رجعى ، فإن هذا الأثر ينتفى بالنسبة إلى أى شخص كسب حقاً يؤثر فيه الأثر الرجعى[١] . فإذا تعهد (ا) أن (ب) يبيع منقولا يملكه الى (ج) ، ولكن (ب) باع المنقول إلى (د) ، ثم قبل التعهد الصادر من (ا) ،

---

(١) [انظر بيدان جـ ٩ بند ٩٤٠ ص ٤١ هامش ٢ و ٣ — ودى باج جـ ٢ بند ٧٤٨ ص٦٧٦ وهامش ٣ بها — وأنور سلطان بند ٢٨٤ ص ٣٤٠ — وعبد الحى حجازى بند ٤٥٦) .

فإن (ب) يكون قد باع المنقول مرتين متتاليتين ، المرة الأولى إلى (د) ، والمرة الثانية إلى (جـ) . فإذا كان قبوله للتعهد ذا أثر رجعي أضر هذا بالمشترى (د) إذ يتأخر عن المشترى (جـ) . لذلك لا يكون للقبول أثر رجعي بالنسبة إلى (د) فيتقدم على (جـ) . أما إذا كان المبيع عقاراً ، فالتفاضل يكون بالأسبقية إلى التسجيل[1] .

وإذا كان صدور القبول من الغير يرتب فى ذمته التزاماً على النحو الذى بيناه ، فهذ الالتزام قد نشأ من العقد الثانى الذى كان هو طرفاً فيه . ومن ثم لا يكون التعهد عن الغير إلا محض تطبيق للقواعد العامة كما قدمنا ، فإن الغير لم يلتزم بالعقد الأول الذى كان أجنبياً عنه ، بل التزم بالعقد الثانى الذى كان طرفاً فيه . والتزام الغير بالعقد الثانى يقضى التزام المتعهد بالعقد الأول ، إذ أن المتعهد يكون قد نفذ التزامه بحمل الغير على قبول التعهد .

§ ٢ — رفض الغير للتعهد

٣٦٣ — عدم مسئولية الغير : قدمنا أن الغير حر فى قبول التعهد أو رفضه . فإذا رفضه كان غير مسئول ، لأن التعهد لم يرتب فى جانبه أى التزام[2] .

٣٦٤ — مسئولية المتعهد : ولكن المتعهد يبقى مسئولا عن العقد الذى تم بينه

(١) وقد كان الفقه فى عهد التقنين المدنى القديم يميل إلى أن يجعل للقبول أثراً رجعياً (انظر نظرية العقد للمؤلف ص ٨٧٠ — ص ٨٧١ وبنوع خاص الحاشيتين ١ و ٢ فى ص ٨٧١) — هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويتحلل الواعد من التزامه بمجرد إقرار الغير للوعد . والواقع أن التزام الواعد ينقضى فى هذه الصورة من طريق الوفاء . ويترتب على الإقرار أن يصبح الغير مديناً مباشرة للعاقد الآخر ، لا على أساس الوعد الذى قطعه الواعد ، بل بناء على عقد جديد يقوم بداهة من تاريخ هذا الإقرار ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر الإقرار إلى الوقت الذى صدر الوعد فيه . وغنى عن البيان أن الإقرار ينزل منزلة القبول من هذا العقد الجديد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦ — ٣٠٧) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٦ .

وبين المتعـاقد معه[١] . وهو لا يتخلص من التزامه العقدى إلا إذا أثبت أنه لم يستطع القيام به لسبب أجنبى[٢] . ولا يعتبر امتناع الغير عن قبول التعهد سبباً أجنبياً[٣] . فإذا لم يستطع المتعهد إثبات السبب الأجنبى كان مسئولا . وجزاء هـذه المسئولية دفع تعويض للطرف الآخر المتعاقد معه عما أصاب هذا من الضرر من جراء رفض الغير للتعهد . ويقدر التعويض طبقاً للقواعد العامة .

ولا يمكن إجبار المتعهد على تنفيـذ الالتزام الذى كان يراد من الغير أن يقبله[٤] . ولـكن يجوز للمتعهد إن شاء أن يقوم بتنفيذ هذا الالتزام ، إذا كان تنفيذه ممكناً ولم يكن متصلا بشخص الغير . فالتزام المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام هو إذن التزام بدلى . إذ التزامه الأصلى هو دفع التعويض ، ولـكن يستطيع أن يبرىء ذمته من التعويض بأن ينفذ الالتزام المشار إليه (٢٧٨)[٥] .

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٨٢ .

(٢) [انظر عبد الحى حجازى بند ٤٥٢ — وأنور سلطان بند ٢٨٢ — وراجع بيدان جـ ٩ بند ٩٣٨] .

(٣) ولـكن يعتبر سبباً أجنبيا (قوة قاهرة) أن يكون الغير قد أصبح فى حالة لا يستطيع معها أن يصدر منه قبول صحيح بعد أن كان يستطيع ذلك وقت التعهد عنه ، بأن يكون قد حجر عليه أو مات وكان الالتزام متصلا بشخصه لا تستطيع ورثته أن تقوم به .

(٤) [أنظر بيدان جـ ٩ بند ٩٣٨ و ٩٣٩ — وعبد الحى حجازى بند ٤٥١ — وأنور سلطان بند ٢٨٢ — وانظر تعليق لاجارد على حكم محكمة رن الصادر بتاريخ ٢٠/٣/١٩٥٠ فى مجموعة سيرى ١٩٥٠ — ٢ — ١٢١ (حالة وفاة المتعهد عن الغير إذا ورثه ذلك الغير نفسه)] .

(٥) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا امتنع الغير عن إجازة الوعد ، فلا تترتب على امتناعه هـذا أية مسئولية ، ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد ذاته . ويكون من واجبه تنفيذ التزامه ، إما بتعويض العاقد الآخر الذى صدر الوعد لمصلحته ، وإما بالوفاء عيناً بالتعهد الذى ورد الوعد عليه إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالدائن . ويستوى فى هذا أن يكون الوعد متعلقاً بالتزام بنقل حق عينى أو بعمل شىء أو بالامتناع عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٦) .

هذا وقد كان الفقه المصرى فى القـانون القديم متردداً فى أن يجيز للغير أن يعدل عن التعويض إلى تنفيذ الالتزام عيناً (أنظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف ص ٨٧٣ هامش رقم ٧) . وقد جاء نص القانون الجديد صريحاً فى حسم هذا الخلاف . وقضى بجواز ذلك .

المطلب الثانى

الاشتراط لمصلحة الغير(*)

(Stipulation pour autrui)

٣٦٥ — **النصوص القانونية** : نصت المادة ١٥٤ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية » .

« ٢ — ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك . ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشىء عن العقد » .

(*) بعض المراجع : رسالة الأستاذ لامبير — باريس سنة ١٨٩٣ — رسالة الأستاذ شامبو (Champeau) باريس سنة ١٨٩٣ — رسالة لبرى (Le Bray) باريس سنة ١٨٩٩ — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ٢٤٥ — فقرة ٢٥٨ — رسالة الدكتور حامد الهيتمى فى الاشتراط لمصلحة الغير فى القانون الإنجليزى باريس سنة ١٩٢٥ — مقال للأستاذ لابيه (Labbé) فى المجلة العملية (Revue pratique) سنة ١٨٩٩ ص ٣١٤ — مقال للأستاذ بنشون (Pinchon) فى المجلة الانتقادية (Revue critique) فى المجلد التاسع والعشرين ص ٦١٢ — مقال للأستاذ بيكار (Picard)، فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٢ ص ٥ [بلانيول وريبير واسمان ج ٦ بند ٣٥٢ وما بعده — دى باج ج ٩ بند ٩٤١ وما بعده — دى باج ج ٢ بند ٦٤٩ وما بعده — فلاتيه فى العقود لحساب الغير ص ١٠٦ وما بعدها — نظرية العقد للمؤلف بند ٧٧٨ وما بعده — حلمى بهجت بدوى — بند ٢٣٣ وما بعده — حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ ص ٢٩٠ بند ٣١١ وما بعده — سليمان مرقس المصادر طبعة ١٩٦٠ ص ٤١٣ بند ٣١٦ وما بعده — العميد أنور سلطان المصادر طبعة ١٩٦٢ ص ٣٤١ بند ٢٨٦ وما بعده — عبد المنعم الصده المصادر طبعة ١٩٥٨ ص ٣٨١ رقم ٣٢٥ وما بعده — عبد الحى حجازى المصادر طبعة ١٩٦٣ ص ٧٤٨ وما بعدها بند ٤٦٧ وما بعده — ومقال بعنوان « نظرات فى الاشتراط لمصلحة الغير » فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الخامسة ص ١٣٥ وما بعدها — الدكتور محمد سامى مدكور : مقال بعنوان « النطاق الفنى للاشتراط لمصلحة الغير » فى مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٣ ص ١٥١ وما بعدها — الدكتور صلاح الدين عبد الوهاب وجون برينسلى : الاشتراط لمصلحة الغير فى القانون المصرى — مقال فى المجلة الأمريكية للقانون المقارن سنة ١٩٦١ [وله طبعة مستقلة فى مصر)] .

« ٣ — ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك »[١].

ونصت المادة ١٥٥ على ما يأتى :

« ١ — يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد رغبته فى الاستفادة منها ، ما لم يكن فى ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » .

« ٢ — ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة »[٢].

ونصت المادة ١٥٦ على ما يأتى :

« يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلا أو جهة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة »[٣].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٠ من المشروع التمهيدى على وجه لا يختلف عما هو إلا فى بعض تعبيرات لفظية . وقد أقرته لجنة المراجعة ، بعد تعديلات لفظية ، تحت رقم المادة ١٥٨ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة « بتنفيذ الالتزام » بعد لفظ « المتعهد » فى الفقرة الثانية لإزالة الشبهة التى قامت حول كلمة « المتعهد » وجواز انصرافها إلى كل من العاقدين ، وأدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى حتى أصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٠٩ — ص ٣١٣) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١١ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق . وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قيل فى تفسير عبارة « ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » إن نقض الاشتراط يكون مخالفاً لما يقتضيه العقد إذا كانت العلاقة ما بين المشترط والمنتفع تقوم مثلا على هبة من الأول للثانى ، وتكون هبة لا يجوز الرجوع فيها . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٥ . ووافق على النص مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٣ — ص ٣١٥) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : =

أما التقنين المدنى القديم فقد اشتمل على نص واحد فى موضوع الاشتراط لمصلحة الغير هو نص المادتين ١٣٧/١٩٨ ويجرى بما يأتى :

« من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه ، فله الخيار بين قبولها أو رفضها »[١].

وبالرغم مما يسود نص التقنين المدنى القديم من اضطراب وغموض . وما تتميز به نصوص التقنين المدنى الجديد من جلاء ووضوح ، فإن التقنين الجديد لم يستحدث شيئاً فى موضوع الاشتراط لمصلحة الغير ، ولم يفعل إلا أن قنن فى نصوص واضحة ما جرى عليه القضاء والفقه من التقنين القديم[٢] .

= « يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلا ، كما يجوز أن يكون شخصاً لم يعين وقت العقد ما دام تعيينه مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره » . وأقرت لجنة المراجعة النص ، مع استبدال عبارة « متى كان » بعبارة « ما دام » ، تحت رقم المادة ١٦٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ أضيفت عبارة « أو جهة مستقبلة » بعد عبارة « شخصاً مستقبلا » لأن الاشتراط يجوز أن يكون لمصلحة جهة تنشأ فيما بعد ، وعدل النص تعديلا لفظياً يناسب هذه الإضافة . وأقرت اللجنة النص تحت رقم المادة ١٥٦ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٥ — ص ٣١٩) .

وتقابل المواد ١٥٤ — ١٥٦ من التقنين المدنى الجديد فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٥ — ١٥٧ (مطابق) — الليبى م ١٥٦ — ١٥٨ (مطابق) — العراق م ١٥٢ - ١٥٤ (مطابق) — اللبنانى م ٢٢٧ - ٢٣١ (مقارب) .

(١) انظر فى انتقاد الغموض والاضطراب فى هذا النص ، وفى الحيرة بين أن يكون نصاً فى الفضالة أو فى التعهد عن الغير أو فى الاشتراط لمصلحة الغير نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٧٨ .

(٢) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عندما تقول فى هذا الصدد : « ... أصبح اليوم الاشتراط لمصلحة الغير قاعدة عامة بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا فى حالات بخصوصها . ولهذه العلة استبدل المشروع بالمادة الغامضة الوحيدة التى تضمنها التقنين الحالى نصوصاً جلية مفصلة حددت فى وضوح شروط الاشتراط لمصلحة الغير وآثاره ، فأوجبت أن يكون للمشترط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، فى تنفيذ الالتزام المشترط لمصلحة الغير . وأباحت له أن ينقض الاشتراط أو يستبدل بالمنتفع شخصاً آخر ، بل وأباحت له أن يستأثر لنفسه ولورثته بمنفعة المشارطة ما دام الغير لم يعلن رغبته فى الاستفادة منها . ويتلقى المنتفع بمقتضى الاشتراط حقاً مباشراً مصدره العقد ذاته ، وفى هذه الناحية تتجلى الفكرة الأساسية فى فقه هذا الوضع بأسره ، فإن الغير يكسب حقاً بناء على عقد لم يكن طرفاً فيه . =

٣٦٦ — **وضع المسألة** : ونبدأ بوضع المسألة على نحو يبين مكان الاشتراط لمصلحة الغير من النظم المدنية . فلو أننا سرنا فى الاشتراط لمصلحة الغير على القواعد العامة كما فعلنا فى التعهد عن الغير ، لترتب على ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير يتكون من عقدين : العقد الأول ما بين المشترط والمتعهد ، يلتزم فيه المتعهد أن يتعاقد مع المنتفع . والعقد الثانى ما بين المتعهد والمنتفع ، يلتزم فيه المتعهد نحو المنتفع . ويكون الأساس القانونى واحداً فى الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير : فى كليهما يكسب الغير حقاً أو يترتب فى ذمته التزام ، لا بمقتضى العقد الذى لم يكن طرفاً فيه ، بل بمقتضى عقد جديد كان أحد طرفيه .

ولو كان الأمر هو ذلك فى الاشتراط لمصلحة الغير لما احتاج إلى كبير عناء ، ولكنا عالجنا الاشتراط مع التعهد فى مكان واحد لوحدة الأساس القانونى . ولكن الأساس القانونى فى الاشتراط لمصلحة الغير غيره فى التعهد عن الغير . ذلك أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتضمن عقدين كالتعهد عن الغير ، بل هو لا يشتمل إلا على عقد واحد ، تم بين المشترط والمتعهد ، والمنتفع إنما يكسب حقه من هذا العقد بالذات ، أى من عقد لم يكن هو طرفاً فيه . فكيف ثار المشرع المصرى ، فى التقنين القديم والجديد ، هذه الثورة على القواعد التقليدية ؟ وأجاز أن ينشىء العقد حقاً للغير ؟

الواقع من الأمر أن المشرع المصرى لم يكن مبتدعاً عند ما قرر ذلك . فقد سبقه القانون الرومانى فى هذا الطريق ، ومن بعده القانون الفرنسى القديم ، ومن بعدهما القانون الفرنسى الحديث . ثم إن القاعدة لم تقف عند ما قرره المشرع الفرنسى الحديث ، بل تطورت على يد القضاء والفقه تطوراً سريعاً حتى وصلت إلى أن تكون مبدأ عاما قرره

= ويجوز للمنتفع أو المشترط أن يطالب بقضاء هذا الحق، لأن لكل منهما مصلحة فى ذلك . وأخيراً نص على جواز الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو شخص غير معين وقت العقد ، ويعتبر ذلك قصارى ما وصل إليه تطور هذا النظام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٦٩) .

التقنين المصرى الجديد فى صراحة ووضوح على النحو الذى رأيناه فى النصوص التى نقلناها عن هذا التقنين .

فنحن نبحث : (أولا) كيف تطورت القاعدة وما وصلت إليه فى تطبيقاتها العملية . (ثانياً) شروط تحققها . (ثالثاً) أحكامها .

§ ١ — كيف تطورت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير وما وصلت إليه فى تطبيقاتها العملية

٣٦٧ — القانون الرومانى (١) : بدأ القانون الرومانى فى عهوده الأولى أميناً على القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشىء حقاً للغير . ووصل فى ذلك إلى حد أن منع النيابة فى التعاقد . فكما لا يجوز للمتعاقد أن يشترط حقاً للغير إذا تعاقد باسمه الشخصى ، كذلك هو لا يستطيع إيجاد حق للغير حتى لو تعاقد باعتباره نائباً عن هذا الغير . ولكن كلا من نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية النيابة تطورت فى القانون الرومانى . ويعنينا هنا تطور نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

فإن القيود التى ترجع إلى الصياغة الرومانية ما لبثت أن تصدعت أمام الضرورات العملية . فالمدين الذى يبيع عيناً ويريد أن يشترط على المشترى دفع الثمن لدائنه سداداً للدين ، لا شك فى أن له فى هذا الاشتراط مصلحة مادية . والإبن الذى يريد أن يجعل ثمن ما باعه إيراداً مرتباً يدفع لأبيه ما دام هذا حياً ، لا شك فى أن له فى هذا الاشتراط مصلحة أدبية . وكلتا المصلحتين ، المادية والأدبية ، جديرة برعاية القانون . فعالج الرومان هذا الأمر على أساس أن جعلوا المشترط لمصلحة الغير يصطنع لنفسه حقاً شخصياً فى العقد ، وذلك بأن يضع شرطاً جزائياً (stipulatio poene) يطالب به المتعهد إذ لم يقم هذا بما تعهد به لمصلحة المنتفع . ثم انقلب الشرط الجزائى الصريح إلى شرط جزائى مفروض ،

---

(١) [انظر فى تاريخ الاشتراط لمصلحة الغير : بيدان جـ ٩ بند (٩٥٠) ومقال الدكتور عبد الحى حجازى فى مجلة العلوم القانونية السنة الخامسة ص ١٣٨ وما بعدها] .

فأعطى المشترط دعوى تعويض قبل المتعهد إذا لم يقم هذا بالتزامه لمصلحة المنتفع دون حاجة لوضع شرط جزائى . ويكفى لتبرير دعوى التعويض هذه قيام مصلحة مادية أو أدبية . ولكن لم يكن للمنتفع حق مباشر يكسبه من التعهد ، يستطيع أن يطالب به المتعهد .

واستمر القانون الرومانى فى تطوره . فأعطى للمنتفع حقاً مباشراً يكسبه من العقد ، ولكن فى صورة دفع (exceptio) . ثم أعطاه الحق المباشر فى صورة دعوى (actio) ، ولكن فى حالات استثنائية معدودة دعت إليها الضرورات العملية . وهذه الحالات هى : (١) الهبة إذا اشترط فيها الواهب على الموهوب له حقاً لمصلحة الغير (donation sub modo) . (٢) اشتراط المورث لمصلحة ورثته . (٣) اشتراط المتعاقد حقاً للغير فى عقود معينة : عقد المهر يوجب فيه المشترط على المتعهد أن يعطى مهراً للمنتفع ، وعقدا الوديعة والعارية يلزم فيهما المودع والمعير حافظ الوديعة والمستعير بأن يردّا العين للمنتفع ، وعقد رهن الحيازة إذا باع الدائن المرتهن العين لاستيفاء حقه من ثمنها فيشترط على المشترى رد العين إلى الراهن إذا رد هذا إليه الثمن .

٣٦٨ — القانون الفرنسى القديم : وورث القانون الفرنسى القديم هذه الاستثناءات عن القانون الرومانى . وأضاف إليها استثناءاً جديداً ، كان الرومان لا يعطون فيه للمنتفع إلا دفعاً فأعطى دعوى بدل الدفع . وهذه هى حالة اشتراط البائع على المشترى أن يدفع الثمن لشخص ثالث .

٣٦٩ — تقنين نابليون : واحتفظ تقنين نابليون بالقاعدة الرومانية . إذ قرر فى المادة ١١١٩ أنه لا يجوز لمتعاقد أن يشترط باسمه إلا لنفسه . ثم استثنى من هذه القاعدة حالتين أجاز فيهما الاشتراط لمصلحة الغير . وهاتان الحالتان ، على ما تقرر المادة ١١٢١ من هذا القانون ، هما : (١) إذا وهب المشترط شيئاً للمتعهد ، واشترط عليه فى مقابل ذلك حقاً لأجنبى عن العقد هو المنتفع . وهذه هى الهبة بشرط (donation sub modo) التى عرفها كل من القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم . (٢) إذا صدر من المشترط

عقد معاوضة اشترط فيه أولا حقاً لنفسه ، ثم قرن ذلك بأن اشترط حقاً للغير . وهنا نجد شيئاً من التجديد لم نعهـده لا فى القانون الرومانى ولا فى القانون الفرنسى القديم . فإن هذين القانونين كان يستثنيان من القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينشىء حقاً للغير عقوداً معينة بالذات ذكرناها فيما تقدم . أما المشرع الفرنسى فقـد وسع من جهة ، وضيق من جهة أخرى . وسع فى أنه لم يخص عقوداً دون أخرى بالاستثناء . وضيق فى أنه لم يجز للمتعاقد أن يشترط لغيره حقاً إلا إذا كان مقروناً باشتراطه حقاً لنفسه .

٣٧٠ — القضاء والفقه : على أن تطور القاعدة بقى مستمراً يواجـه الحاجات العملية المتجددة ، وبخاصة ما تقتضيه عقود التأمين التى كان لها أكبر الأثر فى تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ففسر الفقه والقضاء فى فرنسا كلمة (stipulation) الواردة فى المادة ١١٢١ ، لا بالاشتراط كما هو معناها الدقيق ، بل بالتعاقد بوجه عام ، سواء كان المتعاقد مشترطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً فى ذمته . فيكفى أن « يتعاقد» المشترط لنفسه ، ويستطيع بعد ذلك أن يشترط للغير حقاً دون أن يشترط حقاً لنفسه . والمهم توافر شرطين : (١) أن يتعاقد لنفسه مشترطاً حقاً أو مرتباً التزاماً كما قدمنا . فإذا كان لم يشـترط شيئاً لنفسه ، فيكفى أن يلتزم بشىء عن نفسه . وبذلك يتسع صدر الاستثناء لأن يضم ما استجد من الحاجات . ففى عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير ، وفى عقد التأمين الذى يبرمه رب العمل لمصلحة عماله ، نرى المتعاقد لمصلحة الغير لم يشترط لنفسه حقاً ، ولـكنه رتب فى ذمته التزاماً هو دفع أقساط التأمين . (٢) أن يكون للمتعاقد مصلحة مادية أو أدبيـة تدفعه إلى الاشتراط لمصلحة الغير . لأن محل التعاقد يشترط أن تكون فيه فائدة شخصية للمتعاقد ، والمشترط قد تعاقد على منفعة تؤدى للغير ، فيجب أن تكون له فى هـذه المنفعة مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، وإلا بطل التعاقد .

على أن الشرط الأول من هذين الشرطين — وهو أن يكون للمشـترط دور شخصى فى التعاقد مشترطاً حقاً لنفسه أو مرتباً التزاماً فى ذمته— لم يلبث أن اختفى هو

أيضاً[١] ، وأصبح يكفى أن يكون للمشترط مصلحة مادية أو أدبية فى الاشتراط لمصلحة المنتفع ، وليس من الضرورى أن يشترط لنفسه أو يلتزم عن نفسه .

بل إن القضاء والفقه وصلا فى التطور إلى حد أن أجازا الاشتراط لمصلحة شخص غير معين ، بل لمصلحة شخص غير موجود ، فرب العمل الذى يؤمن من مخاطر العمل لمصلحة عماله إنما يؤمن لمصلحة أى عامل يدخل فى خدمته . فالمنتفع هنا بالتأمين أشخاص غير معينين ، ولكن تعيينهم مستطاع وقت أن ينتج العقد أثره[٢] . وكثيراً ما يؤمن الشخص لمصلحة أولاده الموجودين ومن سيوجد منهم (enfants nés et à naître) ، بل قد لا يكون له أولاد ومع ذلك يؤمن لمصلحة ما عسى أن يوجد له من أولاد فى المستقبل . فالمنتفع هنا أشخاص غير موجودين وقت إبرام عقد التأمين ، ولكنهم لا ينالون حقاً إلا إذا وُجدوا معينين بالذات وقت أن ينتج عقد التأمين أثره . وهذا الوضع يتمشى مع النظرية المادية للالتزام التى لا تشترط وجود الدائن وقت صدور العقد ، وتكتفى بوجوده وقت تنفيذ العقد[٣] .

٣٧١ — *التقنين المصرى القديم والجديد* : هذا هو التطور الذى وصلت إليه قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، فانقلبت من استثناء محدود إلى قاعدة عامة . وهذا ما عبر عنه التقنين القديم فى عبارات غامضة مضطربة سبق إيرادها ، وما عبر عنه التقنين الجديد فى

---

(١)و(٢) انظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٠٢ .

(٣) انظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٠١ — وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ومع ذلك فلم يكن من الهين إدراك فكرة انصراف منفعة العقد إلى غير عاقديه باعتبارها صورة من صور الأوضاع القانونية مع ما هو ملحوظ من بساطتها . فالتقنين الفرنسى ذاته ، وأغلب التقنينات اللاتينية من بعده ، قد جعلت منها جميعاً مجرد استثناء لا يطبق إلا فى حالتين . ولم يسم هذا الاستثناء إلى مرتبة الأصل ، ويبسط نطاقه على سائر الحالات ، إلا فى خلال القرن التاسع عشر ، وعلى وجه الخصوص على أثر ما أصاب عقد التأمين من نمو وذيوع . وقد بلغ التوسع فى تطبيق هذا الأصل شأواً بعيداً ، وانتهى الأمر إلى إباحة الاشتراط إذا كان المنتفع شخصاً مستقبلا أو شخصاً لم يعين وقت التعاقد ما دام تعيينه مستطاعاً عندما ينتج هذا التعاقد أثره كما هو الشأن فى التأمين لمصلحة من ولد ومن يولد من ذرية المؤمن . وقد نقل المشروع قواعد الاشتراط لمصلحة الغير فى صورتها التى انتهت إليها فى آخر مرحلة من مراحل تطورها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٦ — ص ٣١٧) .

عبارات صريحة واضحة ، فقال فى المادة ١٥٢ إن العقد لا يرتب التزاماً فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً . ثم طبق القاعدة فى المادة ١٥٤ ، فأجاز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية . فلم يستبق من القيود التى كانت تحيط بالقاعدة فى خلال تطورها إلا الشرط الأخير ، وهو وجود مصلحة شخصية للمشترط ، وأجاز فى المادة ١٥٦ للمشترط أن يشترط لمصلحة شخص غير معين ولمصلحة شخص غير موجود على النحو الذى رأيناه فى النصوص التى أوردناها . فيكون التقنين المدنى الجديد قد سجل فى نصوصه آخر مراحل التطور لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير .

٣٧٢ — التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير: والقاعدة ، فى آخر تطورها على النحو الذى بيناه ، لها تطبيقات عملية كثيرة نذكر منها ما يأتى :

١ — **التطبيقات التقليدية :** ومن هذه التطبيقات الهبة أو البيع مع اشتراط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشترى ترتيب إيراد أو حق ما للغير . ومنها بيع العين المرهونة مع اشتراط البائع على المشترى أن يدفع أقساط الدين إلى الدائن المرتهن[1] ، ويلاحظ فى هذه الحالة أن المشترى ، وقد أصبح ملتزماً بالدين التزاماً شخصياً لا يستطيع تطهير العقار[2] . وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فى

---

(١) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ١٨٤ — وفى ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٧ — وقضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد أحد المتبادلين فى أطيان بأن يدفع بعض المستحق عليه من فرق البدل فى نصيب المتبادل الآخر من دين على أطيان أخرى هو شريك له فيها على الشيوع ، فهذا التعهد هو من قبيل الاشتراطات لمصلحة الغير ، لا يصح فيه للمتبادل الآخر أن يطلب دفع المبلغ إليه ، بل له فقط أن يطالب المتعهد بتنفيذ تعهده (نقض مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اشتراط البائع على المشترى أن يدفع الدين إلى الدائن المرتهن لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الدائن إلا إذا تدخل الدائن فى عقد البيع وقبل الاشتراط لمصلحته (٨ يونيه سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٣) . ونرى أنه ليس من الضرورى تدخل الدائن فى عقد البيع ذاته ، ويكفى =

حالة اشترط فيها البائع على الجار ألا يأخذ بالشفعة رعاية لمصلحة المشترى ، فكسب المشترى حقاً من هذا العقد الذى لم يكن طرفاً فيه[1] . كذلك قد يشترط صاحب المتجر إذا باع متجره لمصلحة العمال والمستخدمين ، فيأخذ على المشترى عهداً أن يبقيهم فى العمل أو ألا ينقص من أجورهم . وفى عقود النقل يتم العقد بين شركة النقل ومرسل البضاعة ، فيتولد عن هذا العقد حق مباشر للمرسل إليه يستطيع بمقتضاه أن يطالب شركة النقل بتنفيذ شروط العقد ، كتسليم البضاعة فى حالة جيدة وفى مكان معين[2] .

٢ — **عقود التأمين** : عقد التأمين على الحياة هو خير مثل للاشتراط لمصلحة الغير . والمتعاقد تارة يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بعده إذا مات قبل مدة معينة ، وطوراً يؤمن لمصلحة أقارب له معينين دون أن يشترط لنفسه شيئاً . وفى الحالتين يوجد اشتراط لمصلحة الغير يكسب المنتفع بمقتضاه حقاً مباشراً من عقد التأمين . وقد يؤمن المستحق فى وقف على حياته لمصلحة دائنه ، حتى إذا مات وانقطع استحقاقه استطاع الدائن أن

= أن يصدر منه قبول ولو مستقلا عن البيع ، وبهذا تقضى القواعد المقررة فى قبول المنتفع . ولكن إذا رفض الدائن قبول الاشتراط ، زال حقه الشخصى قبل المشترى . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأنه إذا قبل المشترى أن يدفع الدين المضمون بالرهن على العقار المبيع ، فإن هذا يعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ، ويكون للدائن المرتهن حق مباشر قبل المشترى ، ولكن إذا استمر الدائن المرتهن فى إجراءات التنفيذ على العقار المرهون التى كان بدأها قبل البيع ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى شخصية على المشترى لأن هذا لم يقبل الاشتراط لمصلحة الغير إلا على أساس أن الدائن المرتهن لا ينزع ملكية العقار (٤ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١١٤) .

(١) أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ — ويلاحظ أنه كان من المقرر فى عهد التقنين القديم أن الشفيع لا يصح نزوله عن حقه فى الأخذ بالشفعة إلا بعد قيام هذا الحق ببيع العقار المشفوع فيه . فكان من المستطاع مداورة هذا الحظر عن طريق تصوير الشفيع متعهداً بالامتناع عن عمل هو المطالبة بالشفعة فى اشتراط لمصلحة المشترى . أما فى التقنين الجديد فيجوز أن ينزل الشفيع عن حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع (٩٤٨ جديد) .

(٢) أنظر فى تطبيق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير على الأوراق التجارية نظرية العقد للمؤلف فقرة ٧٩٥ . [وانظر فى تطبيقات مختلفة للاشتراط لمصلحة الغير دى باج ج ٢ بند ٦٢٢ ومقال الدكتور عبد الحى حجازى سالف الذكر من بند ١٨ — ٢٤ وفى تطبيق الاشتراط لمصلحة الغير على عقود نقل البضائع ونقل الأشخاص المقال المذكور بند ٢٣ و ٢٤ ص ١٧٤ وما بعدها من مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة ٥] .

يستولى على حقه من مبلغ التأمين . وعلى العكس من ذلك قد يؤمن الدائن على حياة مدينه ضماناً لحقه[١] . وعدا التأمين على الحياة توجد عقود تأمين أخرى يشترط فيها المؤمن لمصلحة الغير . فكثيراً ما يؤمن رب العمل لمصلحة عماله مما يصيبهم من الضرر أثناء العمل فيكون الغير هنا هم العمال يكسبون حقاً مباشراً قبل شركة التأمين عما يصيبهم من الضرر[٢] ويقرب من هذا أن يتفق رب العمل مع طبيب لعلاج العمال مجاناً . ففى هذه الحالة يكون للعمال حق مباشر قبل الطبيب إذا أهمل علاجهم أو رفض ذلك[٣] . وقد يؤمن عامل النقل لمصلحة مرسل البضاعة ، ويكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير[٤] . وقد يؤمن المدين الراهن

---

(١) قارن استئناف مختلط فى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ .

(٢) أما إذا أمن رب العمل على مسئوليته نحو العمال عما يحدث لهم من الضرر أثناء العمل ، وبوجه عام إذا أمن شخص على مسئوليته عن الحوادث ، كحوادث السيارات وحوادث النقل ونحو ذلك ، فإن المؤمن له لا يكون مشترطاً لمصلحة الغير بل لمصلحته هو . ولا يكسب من يكون دائناً فى هذه المسئولية حقاً مباشراً قبل شركة التأمين ، وإن كان يستطيع أن يستعمل دعوى مدينه المؤمن له قبل شركة التأمين ولكن يتعرض فى هذه الحالة لمزاحمة دائنى المؤمن له (استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٨٩ — وانظر عكس ذلك استئناف مختلط فى ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ جريدة مصر القضائية (L'Egypte Judiciaire) السنة الأولى العدد العاشر ص ١٠ — وانظر فى رجوع شركة التأمين بما دفعته من تعويض للمؤمن له رجوعاً مباشراً على المسئول عن الحريق فى حالة التأمين من الحريق المادة ٧٧١ من القانون المدنى الجديد) .

[ولمحكمة استئناف القاهرة حكم قرر للمصاب حقاً مباشراً قبل شركة التأمين فى حالة التأمين ضد المسئولية . وقد استندت المحكمة فى ذلك إلى أن المؤمن له يقصد من تعاقده مع شركة التأمين أن ينقل عبء المسئولية عن كاهله إلى تلك الشركة فتتحمل عنه بالتعويض . وهى تتعاقد معه أيضاً على هذا الأساس ، إذ الغاية من التأمين فى هذه الحالة هى إنشاء حق مباشر لمصلحة المصاب . وإلى هذا يتجه منطق التقنينات الحديثة . (وذكرت المحكمة أن سند ذلك هو المادة ١٣٧ من التقنين المدنى (القديم) الخاصة بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، وهذا الغير قد يكون وقت التعاقد معيناً أو غير معين ما دام تعيينه مستطاعاً حين ينتج العقد أثره) .

وهذا يستتبع أن المصاب يجوز له أن يقاضى مباشرة شركة التأمين التى تعاقد معها صاحب السيارة على تأمينه من مسئولية ما يقع بسببها من الحوادث . وأنه لا يجوز للمتعهد (الشركة) أن يتمسك قبل المنتفع (المصاب) بدفوع خاصة بشخص المشترط . كما أن دائنى المشترط لا شأن لهم بحق المنتفع لأنه لم يكن داخلا فى مال المشترط حتى يكون فى ضمانهم العام ، وليس لهم أن يستعملوا الحق باسم مدينهم لأنه ليس حقاً لهذا المدين : استئناف القاهرة فى ١٩٥١/١١/٢٥ — المجموعة الرسمية السنة ٥٢ رقم ٦٣ ص ٩٧] .

(٣) والتون ٢ ص ٥٩ .

(٤) استئناف مختلط فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٧١ .

على المنزل المرهون من الحريق لمصلحة الدائن المرتهن . وعقد التأمين لحساب من يملك الشيء المؤمن عليه — (assurance pour le compte de qui il appartiendra) — فيه اشتراط للغير ، فقد يكون الشيء منزلا يؤمن صاحبه من الحريق أو بضاعة يؤمنها من التلف أو الغرق أو نحو ذلك من المخاطر ، ويشترط على شركة التأمين أن تدفع التعويض فى حالة تحقق الخطر لأى شخص يكون مالكاً فى ذلك الوقت للشيء المؤمن عليه .

٣ — **عقود الاحتكار والتزام المرافق العامة** : إذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به مرفقاً من المرافق العامة ، كالاحتكار الذى يمنح لشركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك ، فإن مانح الاحتكار — الحكومة أو أحد المجالس البلدية — يشترط عادة على المحتكر شروطاً لمصلحة المنتفعين من الجمهور . فيشترط مثلا حداً معيناً من الأجور لا يجوز للمحتكر أن يجاوزه . فى مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ، ويكون لكل فرد من الجمهور حق مباشر يكسبه من عقد الاحتكار ، ويستطيع بمقتضاه أن يقاضى المحتكر ويطالبه بتنفيذ الشروط التى فرضت لمصلحته[١] . وقد أكد هذا المبدأ التقنين المدنى الجديد فى النصوص التى أفردها لعقد التزام المرافق العامة ، فنص فى المادة ٦٦٩ على أن ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه . وفقاً للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته ، وللشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ماينظم هذا العمل من القوانين (أنظر أيضاً المادتين ٦٧٠ و ٦٧١)[٢] .

٤ — **عقود المقاولات** : وكثيراً ما يفرض رب العمل فى عقود المقاولات على المقاول

(١) استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦ — وفى ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٦٥ — قارن استئناف مختلط فى ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٢ .

(٢) [وتكييف عقد الالتزام بأنه اشتراط لمصلحة الغير نظرية سادت طوال القرن التاسع عشر . ولكنها هجرت بعد ذلك عندما تطورت نظرية المرافق العامة . والرأى السائد فى الوقت الحاضر هو أن عقد الالتزام عقد إدارى لا عقد مدنى ، ومن ثم ينشىء نظاماً مقرراً (statut) يخضع له المنتفعون بالمرفق العام ويكسبون منه حقوقهم (انظر الوسيط جـ ٧ فقرة ١٦٤ : فى التكييف القانونى لعقد الالتزام)] .

شروطاً لمصلحة العمال ، لا سيما إذا كان رب العمل هذا هو الحكومة أو شخص معنوى عام أو إحدى الشركات . ويثبت ذلك فى دفتر الشروط (cahier des charges) ، فيضع حداً معيناً للأجور لا يجوز أن تنزل عنه ، وشروطاً معينة من حيث ساعات العمل والتعويض عن الإصابات ونحو ذلك . فيصبح للعمال قبل المقاول حق مباشر استمدوه من عقد المقاولة التى لم يكونوا طرفاً فيها ، طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير(١) .

§ ٢ — شروط تحقق قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٣ — متى يتحقق الاشتراط لمصلحة الغير : الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود أشخاص ثلاثة : المشترط (stipulant) ، والمتعهد (promettant) ، والمنتفع (bénéficiaire) . ولكى يتحقق يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة الآتية :

---

(١) ومن تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير الاكتتابات العامة ، فاذا فتحت جريدة أو مجلة اكتتابا لعمل خيرى أو عمل عام ، أمكن القول إن المكتتب تعاقد مع من نظم الاكتتاب مشترطاً لمصلحة الغير (والتون ٢ ص ٥٨ — ص ٥٩) .

[ومن هذا القبيل أيضاً ما قضت به محكمة النقض من أن الاتفاق المبرم بين وزارة التموين وبعض شركات الغزل الكبرى على أن تضع كل منها نسبة معينة من مجموع إنتاجها تحت تصرف الوزارة لتقوم بتوزيعه على أرباب الصناعات الصغرى بسعر معتدل ، هو فى الواقع اشتراط لمصلحة الغير أى لمصلحة أرباب تلك الصناعات الصغرى (نقض مدنى ٢٢ فبراير ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢ رقم ٧٢ ص ٣٨٥)] .

وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية فى ١٨ إبريل سنة ١٩٣٨ (المحاماة ١٨ رقم ٤٦٥ ص ١٠٦٦) بأن قول الوارث الآخر أن المورث لم يقصد بإيداع أموال لبعض الورثة أن يهبهم إياها ، بل أراد إما التحايل على نظام صناديق التوفير الذى لا يجيز لأحد أن يكون له أكثر من دفتر واحد ولا أن تزيد وديعته على مبلغ معين ، وإما الوصية بتلك الأموال لمن أودعت باسمه ، قول لايقبل ما لم يقم عليه دليل مقنع . ومجرد بقاء الدفاتر تحت يد المورث لا يكفى لإثباته ، بل الراجح الذى يؤيده العرف الجارى بين الآباء هو أن المورث أراد بالإيداع أن يكون المال من حق من أودع الودائع باسمه فى الحال ، وقد يكون له بواسطة بقاء الدفتر عنده الإشراف الفعلى فقط على تصرف هذا الوارث . على أنه حتى إذا كان المورث قد أراد ألا يؤول المال المودع إلى الوارث المذكور إلا بعد وفاته ، فإن هذا لا يجعل التصرف وصية ما دام الإيداع قد حصل باسم الوارث ، لأنه طبقاً لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير يرجع حق المنتفع دائماً إلى يوم العقد نفسه ولو كانت المنفعة لا تؤول إليه فعلا إلا بعد وفاة المشترط كما فى حالة التأمين على الحياة .

ويلاحظ أن الحكم فى فرضه الأخير يكيف العقد بأنه وديعة اشترط المودع فيها أن يسلم المودع عنده المال بعد وفاة المودع لشخص بالذات وهبه المودع هذا المال حال حياته .

(١) أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع ، دون أن يدخل المنتفع طرفاً فى العقد .

(٢) أن يشترط المشترط على المتعهد حقاً مباشراً للمنتفع .

(٣) أن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية .

وهذا ما أجملته الفقرة الأولى من المادة ١٥٤ من القانون الجديد إذ تقول : « يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير ، إذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية » .

٣٧٤ — **المشترط يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع** : وهذا الذى يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة ، اتفاقية كانت أو قانونية . فالنائب ، وكيلاً كان أو ولياً أو وصياً أو قيماً أو فضولياً أو غير ذلك ، يتعاقد باسم الأصيل لا باسمه . أما المشترط فيتعاقد باسمه لا باسم المنتفع . والأصيل لا النائب هو الطرف فى العقد ، ورضاء النائب يغنى عن رضائه . أما فى الاشتراط لمصلحة الغير فالمشترط لا المنتفع هو الطرف فى العقد ، وقبول المنتفع للاشتراط ضرورى حتى يتأكد فى شخصه حق كسبه من عقد لم يكن طرفاً فيه .

ويترتب على ما تقدم أن المشترط يختلف عن الفضولى اختلافاً جوهرياً[1] . فالفضولى نائب عن رب العمل ، بخلاف المشترط فلا ينوب عن المنتفع . وقد كان هناك رأى ، تبين الآن فساده ، يجعل المشترط فضولياً يتعاقد لمصلحة المنتفع ، وقبول المنتفع يعتبر إقراراً لعمل الفضولى فينقلب هذا وكيلا ، وعن طريق الفضالة والوكالة ينصرف أثر العقد إلى المنتفع . أما فساد هذا الرأى فراجع إلى أن المشترط إنما يتعاقد باسمه كما قدمنا ، فى حين أن الفضولى يتعاقد نيابة عن رب العمل . وهذا الفرق بين الوضعين تبنى عليه نتائج عملية هامة ، نذكر منها ما يأتى :

---

(١) [انظر فى التفرقة ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير : دى باج جـ ٢ بند ٦٥٧ وبيدان جـ ٩ بند ٩٤٧] .

١ — لما كان المشترط ليس بنائب عن المنتفع ، فإن كل شخص يستطيع أن يشترط لمصلحة الغير ما دامت له مصلحة شخصية فى ذلك ، وليس كل شخص يستطيع أن يدير عمل الغير عن طريق الفضالة إذ لا بد من وجود ضرورة تقضى بذلك كما سنرى عند الكلام فى الفضالة .

٢ — يجب فى الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون للمشترط مصلحة شخصية ، لأنه يتعاقد باسمه . أما الفضولى فهو — على النقيض من ذلك — يجب ألا تكون له مصلحة شخصية فى إدارته لشئون رب العمل .

٣ — الفضولى — وهو يعمل لحساب رب العمل — يلتزم بالمضى فيما بدأ به ، ولا يجوز له الرجوع فيه . أما المشترط — وهو يعمل لحسابه — فلا يلتزم بالمضى فى عمله ، بل هو على النقيض من ذلك ، يجوز له الرجوع فى الاشتراط لمنتفع وإضافة الحق لنفسه أو لشخص آخر غير المنتفع .

٣٧٥ — المشترط يشترط حقاً مباشراً للمنتفع : فإذا كان الحق الذى اشترطه المشترط إنما اشترطه لنفسه ، ولكن تعود منه فائدة على الغير ، فلا يكون هذا اشتراطاً لمصلحة الغير[1] . مثل ذلك أن يؤمن شخص على مسئوليته عما ينجم من الضرر للغير ، فلا يعد هذا اشتراطاً لمصلحة الغير ، لأن المؤمن له إنما أراد أن يشترط لنفسه هو لا للمصاب ، وإن كان التعويض الذى يأخذه من شركة التأمين يعود بالفائدة على المصاب إذ يستطيع أن يستوفى منه حقه وإن زاحمه فى ذلك سائر دائنى المؤمن له . وعلى ذلك لا يكون للمصاب حق مباشر من عقد التأمين ، فلا يرجع على شركة التأمين إلا بدعوى مدينه .

ولا يكفى إعطاء حق للمنتفع[2] ، بل يجب أن يكون هذا الحق قد نشأ مباشرة من

---

(١) [انظر فى هذا المعنى : دى باج ج ٢ ص ٦١١ وحكم نقض ٥ مايو ١٩٥٥ — الذى ستأتى الإشارة إليه] .

(٢) [ويلاحظ أن الحق الذاتى الذى ينشأ للمنتفع هو حق شخصى ، لأن الاشتراط لمصلحة الغير=

العقد الذى تم ما بين للمشترط والمتعهد(١) . فإذا كان المشترط قد اشترط هذا الحق الذى نشأ من العقد لنفسه أولا ، ثم حوله بعد ذلك أو انتقل عنه إلى شخص آخر ، لم يكن فى هذا اشتراط لمصلحة الغير . ويترتب على ذلك أنه لو باع شخص منزلا ، ثم حول الثمن إلى دائن له ، كان هناك عقدان : عقد البيع بين البائع والمشترى ، وعقد الحوالة بين هذا البائع وهو المحيل ودائنه وهو المحال له . ولو أمن شخص لمصلحة نفسه ، ثم مات وانتقل حق التعويض إلى ورثته ، فإن هؤلاء يتلقون الحق عن مورثهم بالميراث ، ولا يكسبون حقاً مباشراً من عقد التأمين ذاته . وليس فى كل ذلك اشتراط لمصلحة الغير . كذلك لا يقصد المشترط أن يلتزم المتعهد قبل المنتفع بعقد جديد يتم بينهما ، ولا أن يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله هذا فيتم عقد جديد بينه وبين المنتفع . ويتبين مما تقدم أن الحق المباشر الذى يكسبه المنتفع لا يتلقاه عن المشترط عن طريق الحوالة أو عن طريق الميراث أو عن طريق عقد جديد ، ولا يتلقاه عن المتعهد عن طريق عقد جديد ، وإنما يتلقاه مباشرة من العقد ذاته الذى تم بين المشترط والمتعهد(٢) .

= لا ينشىء ولا ينقل الحقوق العينية . (انظر رادوان فى موسوعة دالوز الحديثة (المدنى) تحت كلمة « اشتراط لمصلحة الغير » بند ٥ و ٦ — وانظر الدكتور عبد الحى حجازى (المصادر) طبعة ١٩٦٢ بند ٤٨٠] .

(١) [ويراعى فى هذا الشأن ، الفرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والدعوى المباشرة التى يخولها القانون للدائن ضد مدين مدينه فى حالات معينة — (راجع بيدان جـ ٩ بند ٩٣١ وبند ٩٤٣ وهامش ٣ فى صحيفة ٤٣ — ودى باج جـ ٢ بند ٦٦٠ — وانظر الوسيط الجزء الثانى بند ٥٦٠ و ٥٦٢)] .

(٢) [غير أن الاشتراط لمصلحة الغير قد ينشأ بإرادة ضمنية ، كما فى حالة المسافر حيث يفترض أنه عند إبرام عقد النقل قد اشترط لورثته ، فى حالة ما إذا أصيب وتوفى أثناء السفر ، الحق فى الرجوع على شركة النقل (انظر أنور سلطان بند ٢٩٠ ص ٣٤٨ — ٣٤٩) .

وانظر فى استخدام القضاء الفرنسى لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير فى تبرير دعوى التعويض المرفوعة من ورثة ضحايا الحوادث ضد شركات النقل على أساس وجود التزام بضمان السلامة واشتراط لمصلحة الغير : بيدان بند ٩٤٤ ومقال الدكتور عبد الحى حجازى فى مجلة العلوم القانونية السابق ذكره — بند ٢٤ — حيث أفاض فى بيان هذه الفكرة ودفاع العلامة إسمان عنها ونقد غيره من الفقهاء لها .

ومهما يكن من أمر ، فإن الخلاف فى هذه الصورة لا ينفى أن الاشتراط لمصلحة الغير قد تكون مصدره إرادة ضمنية متى توافرت الشروط اللازمة لتحققه] .

ولا يشترط فى المنتفع أن يكون موجوداً وقت صدور هذا العقد ، أو أن يكون معيناً فى ذلك الوقت ، بل يجوز ، كما رأينا فى الأمثلة التى قدمناها ، وكما تقرر المادة ١٥٦ التى أسلفنا ذكرها ، أن يكون شخصاً مستقبلا أو شخصاً غير معين وقت عقد الاشتراط ، متى وجد أو كان مستطاع التعيين وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة(1) . وهذه هى ميزة كبيرة ، تطور الاشتراط لمصلحة الغير حتى وصل إليها كما رأينا .

٣٧٦ — المشترط له مصلحة شخصية فى الاشتراط للغير : ذلك أن المشترط إنما يعمل لحسابه ويتعاقد باسمه ، فلا بد أن تكون له مصلحة شخصية فى الاشتراط للغير ، وإلا كان فضولياً . والمصلحة الشخصية هى الفرق الجوهرى ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير كما قدمنا(2) .

ولا يشترط أن تكون المصلحة مادية ، بل يجوز أن تكون أدبية . فيصح التأمين لمصلحة الزوجة والأولاد ، والاشتراط لمصلحة الفقراء أو العجزة أو اللقطاء أو لأى عمل آخر من أعمال البر .

ولكن يكفى أن يكون للمشترط مصلحة شخصية ، مادية أو أدبية ، وليس من الضرورى أن يكون له دور شخصى فى العقد . وقد رأينا فى تطور قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير أن للمشترط أن يشترط لمصلحة المنتفع دون أن يكون له دور شخصى فى هذا الاشتراط ، لا مشترطاً لنفسه ولا متعهداً عنها(3) . مثل ذلك أم تتعاقد مع والد ابنها على أن يتعهد

---

(1) [انظر دى باج جـ ٢ بند ٦٦٩ — ٦٧٥ وبيدان جـ ٩ بند ٩٥٢ و ٩٥٣] .

(2) [ويرى الدكتور أبو ستيت (بند ٣١٧) أن مجرد الاشتراط لمصلحة الغير يفترض وجود مصلحة للمشترط] .

(3) [قارن دى باج جـ ٢ ص ٦٠٨ وهامش ٢ و ٣ بها — وبند ٦٥٤ ص ٦٠٩ — وقارن أيضاً الدكتور سامى مدكور فى مقاله سالف الذكر (مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٣) ص٢١٩ — ٢٢٠ حيث يرى أن المصلحة الشخصية للمشترط لا تتحقق إلا إذا كان قد اشترط لنفسه حقاً أو حمل نفسه بعبء الاشتراط وهو يؤسس ذلك على أن الاشتراط للغير يقوم على فكرة تقابل الالتزامات ، وإلا لكان التزام المتعهد بلا سبب . وانظر فى تفنيد هذا الرأى : الدكتور عبد الحى حجازى فى مقاله سالف الذكر (مجلة =

الأب بترتيب إيراد للابن دون أن تلتزم الأم بشيء قبل الأب . فنى هذا الفرض نرى الأم قد اشترطت حقاً لصالح ابنها ، دون أن تشترط لنفسها حقاً أو ترتب فى ذمتها التزاماً ، وليست الأم تقوم هنا بعمل الفضولى لأن لها مصلحة شخصية فى الاشتراط ، وهى مصلحة أدبية ، فهى مدفوعة بعامل الأمومة لا بعامل المروءة . ومثل ذلك أيضاً أن تمنح البلدية احتكاراً لإحدى الشركات ، ثم تعود فتشترط عليها فى عقد مستقل شروطاً لمصلحة الجمهور ، وتقبل الشركة هذه الشروط دون مقابل ، فيتحقق فى هذا الفرض اشتراط لمصلحة الغير دون أن يكون للمشترط دور شخصى[1] .

§ ٣ — أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

٣٧٧ — العلاقات المختلفة فى الاشتراط لمصلحة الغير : قدمنا أن هناك أشخاصاً ثلاثة فى الاشتراط لمصلحة الغير : المشترط والمتعهد والمنتفع . وعلينا أن نبحث علاقاتهم بعضهم ببعض . فنتكلم فى مسائل ثلاث : (أولا) علاقة المشترط بالمتعهد . (ثانياً) علاقة المشترط بالمنتفع . (ثالثاً) علاقة المتعهد بالمنتفع .

٣٧٨ — علاقة المشترط بالمتعهد : هذه يحددها العقد الذى تم فيما بينهما . ففى عقد التأمين مثلا يلتزم المشترط بأن يدفع للمتعهد (شركة التأمين) أقساط التأمين فى مواعيدها . وتلتزم شركة التأمين فى حالة ما إذا كان المشترط قد اشترط لنفسه إلى جانب اشتراطه للغير بأن تقوم بما عليها من التزام نحو المشترط فتدفع له مثلا المبلغ المتفق عليه إذا بقى حياً

= العلوم القانونية السنة ٥ — ص ١٥١ — ١٦٢ بند ٧ — ١٤ — وانظر فى تحليل فكرة المصلحة فى الاشتراط لمصلحة الغير نفس المقال بند ١٥ - ١٧ أيضاً] .

(١) [ثار التساؤل عما إذا كانت المصلحة التى يحققها الاشتراط للغير هى مصلحة المتعهد وحده فهل يعتبر ذلك كافياً لإقامة الاشتراط ؟ وقد اختلف الفقه فى هـذه المسألة والراجح أن مصلحة المتعهد وحدها لا تكفى إذ يبين من نص التقنين المدنى المصرى أن المصلحة التى يجب توافرها لصحة الاشتراط هى مصلحة المشترط (انظر مقال الدكتور عبد الحى حجازى فى مجلة العلوم القانونية — السابق ذكره — بند ١٦ ص ١٦٩ — ١٧٣)] .

إلى المدة المتفق عليها . ولـكل من المتعاقدين أن يتمسك قبل الآخر بأوجه الدفع الجائز التمسك بها بالنسبة إلى هذا العقد الذى تم بينهما من أوجه بطلان أو أسباب انقضاء .

وإذا لم يقم أحد المتعاقدين بما عليه من التزامات قبل الآخر وجب تطبيق القواعد العامة . فيجوز للمتعاقد الذى لم يحصل على حقه أن يطلب التنفيذ عيناً إذا كان هذا ممكناً ، أو أن يطلب تعويضاً عن عدم التنفيذ . وله أيضاً أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه[1] .

ولما كان للمشترط مصلحة شخصية فى التزام المتعهد نحو المنتفع كما قدمنا ، فإن للمشترط أن يراقب تنفيذ المتعهد لهذا الالتزام لأنه ليس أجنبياً عنه . وعلى هذه المصلحة الشخصية بنينا قيام الاشتراط لمصلحة الغير . وعليها الآن نبنى حق المشترط فى مراقبة تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع . فللمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ هذا الالتزام للمنتفع ، وأن يرفع دعوى باسمه لا باسم المنتفع للمطالبة بذلك ، وهى دعوى قوامها المصلحة الشخصية الثابتة للمشترط . بل قد تنصرف نية المشترط إلى أن يحتفظ لنفسه وحده بدعوى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع ، دون أن يكون للمنتفع نفسه دعوى للمطالبة بهذا التنفيذ ، كما إذا اشترطت الحـكومة على إحدى شركات الاحتكار شروطاً لمصلحة الجمهور واحتفظت لنفسها وحدها ، دون أفراد الجمهور ، بالحق فى مطالبة الشركة بتنفيذ هذه الشروط . وعلى العـكس من ذلك يجوز أن يتبين من العقد أن المنتفع وحده دون المشترط هو الذى تجوز له المطالبة بتنفيذ المتعهد لالتزامه نحوه ، كما إذا اشترط رب العمل على مصحة أن تنزل من يشاء من عماله لقضاء دور النقاهة فيها على أن يترك ذلك لاختيار العامل . وإلى هذا تشير الفقرة الثالثة من المـادة ١٥٤ إذ تقول : « ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقـد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك » .

---

(١) [انظر فى هذا المعنى بيدان ج ٩ بنـد ٩٦٢ ودى باج ج ٢ بند ٧٠٠ — ويلاحظ أن حق المشترط فى طلب تنفيذ العقد لا ينفى حق المستفيد فى طلب تنفيذ الاشتراط فليس ثمة ما يمنع من اقتران الطلبين وقد لا يخلو ذلك من فائدة (بيدان ج ٩ بند ٩٦٢ السابق الإشارة إليه)] .

كذلك للمشترط ، إذا لم يقم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع ، أن يطلب فسخ العقد أو وقف تنفيذه وفقاً للقواعد العامة . ويلاحظ أن المشترط إذا فسخ العقد بعد صدور قبول المنتفع ، سواء كان ذلك لعدم تنفيذ المتعهد لالتزامه نحو المنتفع أو لالتزامه نحو المشترط ، فإن الفسخ لا يضيع على المنتفع حقه ، فيرجع هذا به على المشترط إلا إذا كان الاشتراط تبرعاً يجوز الرجوع فيه[١] .

٣٧٩ — علاقة المشترط بالمنتفع : قد تكون هذه العلاقة علاقة تبرع ، وقد تكون علاقة معاوضة .

فإذا كان المشترط أراد التبرع للمنتفع ، لم يحل دون ذلك عدم استيفاء الهبة للشكل ، لأن الهبة هنا غير مباشرة[٢] . وسنرى أن للمشترط نقض الاشتراط ، سواء كان تبرعاً أو معاوضة ، ما دام المنتفع لم يصدر منه إقرار لما اشترط لمصلحته . أما إذا كان الاشتراط تبرعاً للمنتفع ، جاز للمشترط ، حتى بعد أن يقر المنتفع هذا الاشتراط ، أن ينقض حق المنتفع طبقاً لقواعد الرجوع فى الهبة[٣] . ذلك أن العلاقة التبرعية فيما بين المشترط والمنتفع ، إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة من حيث الشكل ، فهى تخضع لها من حيث الموضوع ، فيجب توافر أهلية التبرع فى المشترط ، وتعتبر الهبة قد صدرت من وقت صدور العقد ، فإذا صدرت من المشترط وهو فى مرض موته أخذت حكم الوصية . ويجوز الطعن فيها بالدعوى البوليصية ولا يشترط أن يكون المنتفع سيء النية لأنه موهوب له . ويلاحظ أن

---

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٩٠٨ هامش رقم ١ .

(٢) [انظر : الدكتور جمال زكى فى العقود المسماة (الطبعة الأولى) بند ٦٠ ص ١٢٦ — ١٢٧ — والدكتور أكثم الخولى فى العقود المدنية (الطبعة الأولى) بند ١٠٢ ص ١٤٥] .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين الذى تعاقد عليه مع شركة تأمين ، فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه المؤمن له على الشركة لمصلحة المستحق لا يرتب حقاً للمستحق قبل المشترط أو ورثته من بعده بسبب إلغاء بوليسة التأمين لامتناع المشترط عن دفع أقساطه ، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق على المشترط . وليس هو حوالة من المشترط للمستحق تفيد بذاتها مديونية المشترط له بمقابل قيمتها (نقض مدنى فى ٩ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٦ ص ٢٩٧) .

المقدار الموهوب بالنسبة إلى المشترط ليس هو مقدار ما التزم به المتعهد نحو المنتفع ، بل هو مقدار ما دفعه المشترط للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنتفع . فلو أن شخصاً أمن على حياته لمصلحة أولاده تبرعاً منه لهم ، فإن مقدار ما تبرع به لا يكون المبلغ الذى تدفعه شركة التأمين للأولاد بعد موت المؤمن له ، بل هو مقدار الأقساط التى دفعها المؤمن له لشركة التأمين حال حياته بشرط ألا تزيد على مبلغ التأمين . أما إذا أعطى شخص آخر شيئاً قيمته ألف ، واشترط عليه التزاماً لمصلحة الغير قيمته خمسمائة ، فإن المقدار الذى وهبه المشترط للمنتفع هو خمسمائة لا ألف[1] .

أما إذا كان المشترط لم يرد التبرع ، فالعلاقة بينه وبين المنتفع يحددها موقف الأول من الثانى بحسب الأحوال . فقد يكون المشترط مديناً للمنتفع ، واشترط له وفاء لدينه[2] . وقد يكون أراد إقراض المنتفع من طريق الاشتراط لمصلحته ، ويكون القرض تبرعاً إذا كان بغير فوائد ومعاوضة إذا كان بفوائد . ومثل القرض الوديعة ، فإذا تسلم المنتفع العين من المتعهد أصبح بالنسبة إلى المشترط حافظاً لوديعته وطبقت أحكام الوديعة فيما بينهما ، وهكذا .

---

(١) ومتى تحددت قيمة التبرع على النحو المتقدم ، فهذه هى القيمة التى تعتبر عند تطبيق الأحكام الموضوعية للهبة فى العلاقة ما بين المشترط والمنتفع . فلو طعن دائن المشترط بالدعوى البوليصية فى عقد التأمين الصادر من مدينه وتوافرت شروطها ، فإن الدائن لا ينفذ بحقه إلا بمقدار أقساط التأمين (استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ جازيت ٧ رقم ١٣٦ ص ٤٨) — أنظر أيضاً فى حق الورثة فى الرجوع بأقساط التأمين على المنتفع باعتبارها وصية لا تنفذ فى حقهم : استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٧ (م ٢٩ ص ١٦٣) . وإذا أراد المؤمن له الرجوع فى الهبة فإنه يرجع على المنتفع بمقدار الأقساط التى دفعها لشركة التأمين ، وهذا بخلاف ما إذا كان المشترط قد نقض حق المنتفع فإنه يسترد الحق فى مبلغ التأمين لا فى الأقساط وحدها .

(٢) [أنظر حكم محكمة النقض الصادر فى ٩ يناير ١٩٤٧ (مجموعة عمر ٥ ص ٢٩٧ رقم ١٣٦) وقد سبقت الإشارة إليه . إذ تضمن أن الاشتراط لمصلحة الغير قد يحصل مقابل حق للمستفيد على المشترط غير أنه تضمن أيضاً أن الاشتراط (وهو فى القضية عقد تأمين) لا يفيد بذاته مديونية المشترط للمستحق (أى المنتفع) بمقابل قيمة بوليسة التأمين . وانظر فى ذلك الدكتور أنور سلطان هامش (١) فى صحيفة ٣٠٤ (المصادر طبعة ١٩٦٢)] .

٣٨٠ — علاقة المتعهد بالمنتفع — حق مباشر مصدره عقد الاشتراط : وعلاقة المتعهد بالمنتفع هي أخص ما في الاشتراط لمصلحة الغير من طابع يتميز به من غيره من ضروب التعاقد . ذلك أن المنتفع — ولم يكن طرفاً في العقد الذي التزم به المتعهد — يكسب من هذا العقد حقاً شخصياً مباشراً (droit propre) يستطيع أن يطالب به المتعهد . وهكذا يتحقق ما في الاشتراط لمصلحة الغير من خروج على القاعدة العتيقة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشىء حقاً للغير . وهذا هو ما تصرح به الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من التقنين المدني الجديد في هذا الصدد : « ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، ما لم يتفق على خلاف ذلك » . فالعقد الذي تم ما بين المشترط والمتعهد هو إذن مصدر الحق المباشر الذي ثبت للغير ، وهذا العقد هو الذي أنشأ هذا الحق[1] . وإذا قيل كيف ينشىء العقد حقاً للغير ؟ قلنا ولهذا قامت قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير . ثم ما الذي يمنع من ذلك ؟ ولماذا لا ينشىء العقد حقاً للغير ما دام هذا الغير يرضى بأن يكون هذا الحق له ! ليس في المنطق القانوني ما يجعل هذا متعذراً ، وإنما هي القاعدة الرومانية العتيقة التي كانت تحول دون التسليم بهذا المبدأ . وقد قضت ، نزولاً عند اعتبارات ترجع للصياغة القانونية عند الرومان ، بأن العقد يقتصر أثره على المتعاقدين . ولا معنى لبقاء هذه القاعدة بعد زوال مقتضياتها . وليس ثمة ما يمنع من التسليم بأن العقد قد ينشىء حقاً للغير . وهذا ما صرح به التقنين المدني الجديد[2] .

(١) [وقد جاء في حكم لمحكمة النقض (الدائرة المدنية) إن الشارع المصري لم يورد — على خلاف بعض التشريعات الأخرى — نصاً يقرر أن للمصاب حقاً مباشراً في مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذي أصابه والذي يسأل عنه قبل المستأمن ، فوجب الرجوع إلى القواعد العامة لمعرفة ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسئولية المتأمن قد قصد بها اشتراط لمصلحة الغير أم قصد بها اتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين ، فإن كان الحق الذي اشترطه المستأمن إنما اشترطه لنفسه فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعة على الغير ، أما إذا تبين من مشارطه التأمين أن العاقدين قصدا تخويل المصاب الحق المباشر في منافع العقد ، فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هي التي تطبق (نقض مدني ٥ مايو ١٩٥٥ — مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٤٠ ص ١٠٧٩) — وانظر في ذلك الدكتور عبد الحي حجازي (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٤٨١] .

(٢) رأينا أن المادة ١٥٢ من هذا التقنين تصرح بأن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير « ولكن =

ما كنا لنذهب فى تقرير ذلك مع وضوحه ، لولا أن الفقهاء يعقدون عادة بحثاً تقليدياً

= يجوز أن يكسبه حقاً » .

والذى نقرره هنا من أن عقد الاشتراط هو الذى أنشأ حق المنتفع هو ما سبق أن قررناه فى كتابنا « نظرية العقد » ص ٩١١ ، وقرره بعـد ذلك الدكتور حلمى بهجت بدوى فى عبارات لا تخرج عن هذا المعنى ، إذ يقول : « ما الذى يحول فى القواعد العامة دون اجتماع إرادة شخصين على أن ينشأ لثالث حق مباشر قبل أحدهما ؟ اللهم لا حائل يحول دون ذلك ، لا من القواعد التى تنتهى إليها من تحليل الإرادة ولا من قواعد النظام العام » . (أصول الالتزامات ص ٣٥٤ — ص ٣٥٥) . ويبدو أن الدكتور حلمى بهجت بدوى لم يتنبه للرأى الذى قلنا به ، فهو عندما عرض للنظريات التقليدية فى هذا الموضوع حشرنا بين فقهائها (انظر أصول الالتزامات فقرة ٢٤٥ ص ٣٥٢ هامش رقم ١) ، ومضى بعد ذلك يقرر ما سبق لنا أن قررناه .

ونحن لم نقتصر على إدخال قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير فى حظيرة القواعد العامة ، بل نبهنا إلى أن قاعدة التعهد عن الغير هى الأخرى فى حاجة إلى إمعان فى النظر . ولم نر ما يمنع فى المنطق القانونى من أن تقوم قاعدة التعهد عن الغير على غرار قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، تلزم الغير بعقد التعهد ذاته لا بعقد جديد . وفسرنا قصور قاعدة التعهد عن الغير فى الوصول إلى هذه المرحلة من التطور بأن الضرورات العملية لم تقتض بعد ، كما اقتضت فى قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير ، جواز أن يلتزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانونى دون ذلك .

وهذا ما سبق لنا أن قلناه فى هـذا الصدد : « ويمكن القول بوجه عام إن القانون الحديث ، بعد تدرج فى التطور ، أصبح يعترف بأن المتعاقدين يستطيعان بإرادتهما أن يشترطا حقاً للغير . ولـكنه وقف عند ذلك ، فلم يعترف حتى اليوم بأن المتعاقدين يستطيعان بإرادتهما كذلك أن ينشئا التزاماً فى ذمة الغير . ولم يجر هذا التطور إلا تحت ضغط الضرورات العملية ، فهى التى اقتضت جواز أن يستفيد الغير حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، ولعلها لم تقتض بعد جواز أن يلتزم الغير من عقد لم يشترك فيه ، ولو اقتضت هذا لما حال المنطق القانونى دون ذلك » . (نظرية العقد ص ٨٦٣ - ص ٨٦٤) .

ثم قلنا فى الحاشية : « والواقع من الأمر أن القاعدة التى تقضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير قاعدة عتيقة بالية ، ورثناها عن القانون الرومانى ، ونحن نستبقيها الآن اسماً لا فعلا ، وإلا فنحن نخرج عليها كلما اقتضى تقدم المعاملات ذلك وكثيراً ما يقتضيه . . . وليس فى المنطق القانونى ما يمنع من أن شخصين يتفقان على إنشاء حق لشخص ثالث أو توليد التزام فى ذمته . وليس هذا معناه أن هذا الشخص الثالث يصبح صاحب الحق أو المدين بالالتزام ولو لم يرض ذلك ، فقبوله ضرورى فى الحالتين حتى لا يكون دائناً أو مديناً بالرغم من إرادته ، ولـكنه إذا قبل يعتبر الحق الذى كسبه أو الالتزام الذى تعلق فى ذمته قد نشأ من نفس العقد الذى لم يكن طرفاً فيه . . . ولا فرق بين الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير فى ذلك . ولا يجوز أن يقال إن الاشتراط لمصلحة الغير ينشىء حقاً أما التعهد عن الغير فيولد التزاماً ، وأنه إذا صح أن الغير يكسب حقاً من عقد لم يكن طرفاً فيه ، فلا يصح أن يتعلق فى ذمته التزام من عقد لم يصدر منه قبول به . ذلك لأن قبول الغير ضرورى فى الحالتين كما قدمنا . ففى الاشتراط لمصلحة الغير لا بد من قبول المنتفع كما سنرى . كذلك فى التعهد عن الغير لا بد من اشتراط قبول الغير ، فإذا صدر هذا القبول =

يتساءلون فيه أين مصدر الحق الذى ثبت للمنتفع ؟ لعله يكون فى عقد جديد تم بين المشترط والمنتفع ، أو بين المتعهد والمنتفع . أو لعل الحق قد نشأ من عمل المشترط على أساس أنه فضولى يعمل لمصلحة المنتفع . أو لعله يكون هو حق المشترط كسبه من العقد وحوله بعد ذلك للمنتفع . ولكل نظرية من هذه النظريات أنصار يدافعون عنها . على أنه من اليسير تفنيدها جميعاً . فقد قدمنا أن الاشتراط لمصلحة الغير ليس معناه أن المتعهد أو المشترط يعرض إيجاباً على المنتفع ليقبله أو يرفضه كما تذهب إلى ذلك نظرية الإيجاب المعروض (théorie de l'offre) ، لأن حق المنتفع إنما ينشأ من العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد لا من عقد جديد بين المنتفع والمتعهد أو بين المنتفع والمشترط . وليس معناه أن المشترط يقوم بعمل من أعمال الفضالة للمنتفع théorie de la gestion d'affaire ، لأن هناك فرقاً جوهرياً ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والفضالة هو وجود المصلحة الشخصية فى الحالة الأولى وانعدامها فى الحالة الثانية . وليس معناه أن المشترط يكسب الحق لنفسه أولا ثم يحوله بعد ذلك للمنتفع théorie de la cession ، لأن المنتفع لا يتلقى الحق عن المشترط ولا يعتبر خلفاً له فيه ، بل هو حق كسبه مباشرة من عقد الاشتراط[1] . سبق أن فندنا كل هذا ، ونفند الآن كذلك نظرية أخرى لجأ إليها بعض الفقهاء[2] أخيراً

= فما الذى يمنع ، من حيث المنطق القانونى ، من اعتبار الالتزام الذى نشأ فى ذمة الغير ، وقد قبله التزاماً فى ذمته ، متولداً من العقد الذى لم يكن طرفاً فيه ، كما هو الأمر فى الاشتراط لمصلحة الغير ؟ » (نظرية العقد ص ٨٦٤ هامش رقم ١ و ٢ — انظر أيضاً ص ٨٧١ هامش رقم ٢) — هذا ولم يرض التقنين المدنى الجديد أن يسبق الزمن ، فأبقى قاعدة التعهد عن الغير عند مرحلتها القاصرة ، وسجل لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تطورها الأخير ، وقال فى المادة ١٥٢ : « لا يرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » .

(١) [انظر فى عرض النظريات المختلفة فى تكييف الاشتراط لمصلحة الغير : دى باج جـ ٢ بند ٦٦٤ — ٦٦٧ وبيدان جـ ٩ بند ٩٤٧ — ٩٤٩ والدكتور حشمت أبو ستيت بند ٣١٨ وخاصة هامش صحيفة ٢٩٦ (مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٤) — والعميد أنور سلطان بند ٢٩٣ ص ٣٥٠ والدكتور عبد الحى (المصادر ١٩٦٢) بند ٥٠٦ وما بعده ص ٨٢٤ وما بعدها] .

(٢) انظر ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ ص ١١٤ — بودرى وبارد ١ فقرة ١٦١ — كولان وكابيتان ٢ ص ٣٢٨ — جوسران ٢ فقرة ٣٠٤ .
=

يذهبون فيها إلى أن حق المنتفع مصـــدره إرادة المتعهد المنفردة (théorie de la volonté unilatérale) ، ولو كان هذا صحيحاً لما أمكن أن يتمسك المتعهد قبل المنتفع بالدفوع الواردة على عقد الاشتراط ، ولـكان للمتعهد وحده لا للمشترط حق النقض إلى أن يصدر إقرار المنتفع .

والواقع من الأمر أن الفقهاء يناقضون أنفسهم عندما يقررون أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتفق مع القاعدة القديمة التي كانت تقضي بأن العقد لا ينشىء حقاً للغير ، ثم إذا وصلوا إلى المكان الذي يبحثون فيه عن مصدر حق المنتفع نسوا ما قرروه من قبل ، وحاولوا أن يخضعوا حق المنتفع لهذه القاعدة القديمة ذاتها التي سبق لهم أن أنـكروها ! فلا يجرؤ فقيه على أن يرجع هذا الحق إلى عقد الاشتراط خوفاً من أن يصطدم بهذه القاعدة ! أما نحن فلا نتردد في أن نقرر أن حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، وليس للحق مصدر غير هذا العقد[1] .

= ويعترض الأستاذ محمد سامي مدكور في مقاله في النطاق الفني للاشتراط لمصلحة الغير (مجلة القانون والاقتصاد السنة ٢٣) على أن يكون عقد الاشتراط هو مصدر الحق المباشر للمنتفع ، محتجاً في ذلك بأن المذهب الشخصي للالتزام يقتضي قصر أثر العقد على المتعاقدين فلا ينصرف هـذا الأثر إلى الغير ، وبأن تعهد المتعهد نحو المنتفع يقوم مجرداً عن الدافع الذي دفع المشترط إلى اشتراطه ، فلا يجوز إسناد حق المنتفع إلى إرادة المشترط بل ينبغي إسنادها إلى إرادة المنتفع وحدها ، فهذه الإرادة المنفردة في نظره هي مصدر حق المنتفع (ص ٢٣٣ — ص ٢٣٨) .

وغني عن البيان أن المذهب الشخصي للالتزام ، وهو مجرد تصوير فني مشكوك في قيمته ، لا يصح أن يعترض نصاً صريحاً في القانون يقرر أن العقد قد يكسب الغير حقاً ، وإنما يجب إخضاع التصويرات الفنية للنصوص الصريحة . ثم إن قيام تعهد المتعهد نحو المنتفع مجرداً عن الدافع الذي دفع المشترط إلى اشتراطه لا ينفي إطلاقاً أن حق المنتفع لم ينشأ إلا من تلاقي إرادة المشترط بإرادة المتعهد ، وليس من إرادة المتعهد وحدها ، هذا إلى ما قدمناه من أنه لو كان حق المنتفع مصدره إرادة المتعهد المنفردة ، لما أمكن أن يتمسك المتعهد قبل المنتفع بالدفوع المستمدة من عقد الاشتراط ، ولـكان للمتعهد لا للمشترط حق النقض إلى أن يصدر إقرار المنتفع .

(١) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي إذ تقول : « ينطوي الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقي على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم . فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع ، فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ولو أنه ليس طرفاً في التعاقد ، وبهذه المثابة يكون التعاقد ذاته مصدراً لهـذا الحق . ولهذا التصوير على بساطته ووضوحه فضل الـكشف عن وجه هذا النظام وإبراز مشخصاته من حيث شذوذه عن حكم القواعد العامة ، وهو فضلا عن ذلك يقيل من عناء استظهار =

ونقرر كذلك أن هـذا الحق مباشر ، لم يتلقه المنتفع من المشترط . ولـكل من هاتين الخاصتين — حق مباشر ، وحق مصدره عقد الاشتراط — نتائج هامة تترتب عليها .

٣٨١ — علاقة المتعهد بالمنتفع (تتمة) — ما يترتب من النتائج على أنه حق المنتفع حق مباشر مصدره عقد الاشتراط : أما النتائج التي تترتب على أن حق المنتفع حق مباشر لا يتلقاه من المشترط فهي ما يأتي :

(١) لا شأن لدائنى المشترط بهذا الحق بعـد موته ، بل يخلص الحق للمنتفع وحده لأنه لم يتلقه من المشترط . ولو كان قد تلقاه منه بطريق الميراث لتلقاه مثقلا بديون التركة وأهم تطبيق لهذا المبدأ هو عقد التأمين على الحياة . فإذا تعاقد المؤمن له مشترطاً لمصلحة أولاده ثم مات ، فإن الأولاد لا يتلقون الحق فى تركة أبيهم ، بل هو حقهم المباشر قبل شركة التأمين . ويترتب على ذلك أن دائنى المؤمن له ليس لهم أن يعتبروا حق الأولاد داخلا فى تركة مدينهم حتى يرجعوا عليه كما يرجعون على جميع حقوق التركة ، بل تأخذ الأولاد مبلغ التأمين من الشركة خالصاً لهم ، ولا يدفعون منه شيئاً لسداد ديون أبيهم ، وهذه هى أهم مزية للتأمين . وقد استقر الفقه والقضاء على هذا المبدأ فى فرنسا وفى مصر [١] .

= سائر وجوه التفسير والتخريج التى جهد الفقه التقليدى فى التماسها وتفصيل جزئياتها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٦) .

(١) هيك ٨ فقرة ٥١ — بودرى وبارد ١ فقرة ٢٠٤ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٦٢ — ديموج ٧ فقرة ٨١٣ مكررة — والتون ٢ ص ٦١ — ص ٦٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨١٦ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٢٤٤ — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٣٢٣ — نقض فرنسى فى ٢٢ يونية سنة ١٨٩١ سيريه ٩٢ — ١ — ١٧٧ — وفى ٩ مارس سنة ١٨٩٦ داللوز ٩٦ — ١ — ٣٩١ — وفى ٢٩ يونية سنة ١٨٩٦ سيريه ٩٦ — ١ — ٣٦١ — محكمة المنيا الكلية فى ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٣٢ ص ٤٦٠ — محكمة طنطا الكلية فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٨٣ ص ١٤٠ — استئناف مختلط فى ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١١ — وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٤ ص ٢٧ — وفى ٧ أبريل سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٤٩ — وفى ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ — وفى ١٣ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٦٧ — قارن استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٨ — وفى ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٢ .

(٢) كذلك لا شأن لدائنى المشترط بهذا الحق حال حياته ، فإن الحق لم يدخل يوماً ما فى مال المشترط حتى يكون داخلا فى ضمانهم العام . وينبنى على ذلك أنه لا يجوز للدائنين التنفيذ على هذا الحق ، وليس لهم أن يستعملوه باسم مدينهم لأنه ليس حقاً لهذا المدين .

(٣) وإذا كان لدائنى المشترط أن يطعنوا فى اشتراطه بالدعوى البوليصية عند توافر شروطها ، فالواجب مع ذلك ألا نعتبر المنتفع فى مركز من تلقى الحق عمن تصرف له المدين. ولتوضيح ذلك نفرض أن (ا) أعطى (ب) منزلا قيمته ألف ، واشترط عليه أن يعطى (ج) مبلغاً مقداره خمسمائة . وأراد دائن (ا) أن يطعن بالدعوى البوليصية فى هذا العقد . فى هذه الحالة يجب التمييز بين تصرفين : (التصرف الأول) هو الصادر من (ا) إلى (ب)، وهو معاوضة بالنسبة إلى (ب) ، فيشترط التواطؤ بين (ا) و (ب) لنجاح الدعوى البوليصية، دون أن يشترط تواطؤ (ج) لأنه تلقى حقاً مباشراً ولم يخلف (ب) فى حق انتقل إليه من (ا) . وإذا ثبت التواطؤ بين (ا) و (ب) اعتبر التصرف غير نافذ فى حق الدائن ، و كان لهذا أن ينفذ بحقه على المنزل ، ويرجع (ب) على (ا) بما أعطاه إلى (ج) أو يفسخ العقد فيزول التزامه نحو (ج) . — و (التصرف الثانى) هو الصادر من (ا) إلى (ج) عن طريق الاشتراط ، فإذا كانت العلاقة بين (ا) و (ج) هى علاقة تبرع ، فإن دائن (ا) يستطيع بالدعوى البوليصية أن يجعل هذه الهبة ومقدارها خمسمائة غير نافذة فى حقه حتى لو كان (ج) حسن النية . أما إذا كانت العلاقة بين (ا) و (ج) هى علاقة معاوضة ، فليس للدائن حق الطعن إلا إذا أثبت التواطؤ فيما بينهما .

(٤) ولما كان المنتفع لا يتلقى حقه من المشترط بل يكسبه مباشرة من عقد الاشتراط ، فيصبح دائناً للمتعهد ، فإنه يترتب على ذلك أن دائنى المتعهد ، وقد أصبح المنتفع واحداً منهم ، يشتركون مع المنتفع شركة غرماء فى استيفاء حقوقهم من مال المتعهد ، ولهم أن يستعملوا حق مدينهم فى التمسك قبل المنتفع بأى دفع من الدفوع الواردة على عقد الاشتراط، ولهم أن يطعنوا فى التزام مدينهم نحو المنتفع بالدعوى البوليصية لأن هذه الدعوى تجوز

فى القانون الجديد فى عمل يزيد به المدين من التزاماته (م ٢٣٧ جديد)[١] .

أما النتائج التى تترتب على أن حق المنتفع المباشر مصدره العقد الذى تم ما بين المشترط والمتعهد فهى ما يأتى :

١ — لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، فهو يوجد منذ صدور هذا العقد[٢] ، لا من وقت إعلان المنتفع لرغبته فى الاستفادة من الاشتراط . ويترتب على ذلك أنه إذا فقد المتعهد أهليته فى الفترة ما بين صدور العقد وصدور رغبة المنتفع ، فلا يكون هذا مانعاً للمنتفع من أن يعلن عن رغبته . ويترتب على ذلك أيضاً أن المنتفع إذا رفض الاشتراط ، جاز الطعن فى رفضه بالدعوى البوليصية ، لأنه يكسب الحق منذ صدور عقد الاشتراط ، فرفضه إياه بعد ذلك يعتبر إنقاصاً من حقوقه (م ٢٣٧ جديد) .

٢ — لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط ، فإن المتعهد يستطيع أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفوع الجائزة فى هذا العقد[٣] ، فله أن يطعن فيه بأى وجه من وجوه البطلان ، وله أن يتمسك بفسخه إذا تحقق ما يوجب الفسخ[٤] . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدنى الجديد إذ تقول : « ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد »[٥] .

---

(١) ومما يترتب أيضاً من النتائج على أن المتعهد أصبح مديناً للمنتفع لا المشترط أن المتعهد لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة بين حق له على المشترط والتزامه نحو المنتفع (استئناف مختلط فى ٩ يونية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٣٦) . ويترتب أيضاً على ذلك أن المتعهد لا يستطيع عند رجوع المنتفع عليه أن يطلب تجريد المشترط (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٨ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٦٣ . [وانظر بنفس المعنى : الدكتور حشمت أبو ستيت بند ٣٢٣] .

(٣) [أى أن عقد الاشتراط يجب بداءة أن يكون صحيحاً (أنظر انور سلطان بند ٣٠٠)] .

(٤) انظر فى الفرق ما بين الاشتراط لمصلحة الغير والإنابة فى الوفاء نظرية العقد للمؤلف ص ٩١٦ هامش رقم ١ .

(٥) وإذا كان العقد ما بين المشترط والمتعهد عقداً صورياً ، جاز فى نظرنا للمتعهد أن يتمسك قبل =

٣ — لما كان حق المنتفع مصدره عقـد الاشتراط الذى تم بين المشترط والمتعهد ، فلهذين المتعاقدين أن يكيفا هذا الحق طبقاً لما يتم عليه الاتفاق بينهما . ويترتب على ذلك أنه يجوز للمشترط أن يتفق مع المتعهد على أن يكون للمشترط وحده دون المنتفع حق المطالبة بتنفيذ التزام المتعهد نحو المنتفع ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك[1] . ويترتب على ذلك أيضاً أنه يجوز للمتعاقدين — المشترط والمتعهد — أن يجعلا حق المنتفع غير قابل للنقض أو قابلا للنقض بعد الاتفاق مع المتعهد على ذلك . وهذا الشرط الأخير مفهوم ضمناً إذا ثبت أن للمتعهد مصلحة فى الاشتراط ، فلا يجوز للمشترط فى هذه الحالة أن يستقل بنقض حق المنتفع ، كما إذا تعهد أحد المتقايضين بأن يدفع المستحق عليه من فرق البدل فى نصيب المتقايض الآخر من دين على أطيان هو شريك له فيها على الشيوع[2] .

٣٨٢ — علاقة المتعهد بالمنتفع (تتمة) — جواز نقض حق المنتفع : وحق المنتفع المباشر الذى يكسبه من عقد الاشتراط قابل للنقض إلى أن يصدر منه إقرار لهذا الحق . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٥٥ من التقنين المدنى الجديد إذ تقول : « يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته فى الاستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » .

= المنتفع بالصورية حتى لو كان المنتفع حسن النية لا يعلم بصورية العقد . ذلك أن المنتفع لا يعتبر « غيراً » فى هذه الصورية حتى يستطيع التمسك بالعقد الظاهر ، فهو قد استمد حقه من هذا العقد ، وشرط الغير فى الصورية ألا يكون حقه الذى تراد حمايته من الصورية مستمداً من العقد الصورى ذاته . وقد سبقت الإشارة إلى هذه المسألة ، وسنعود إليها ببيان أوفى عند الكلام فى الصورية .

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٧٨ — وقد ضربنا مثلا لذلك أن تتعاقد الحكومة مع شركة احتكار مشترطة عليها شروطاً فى مصلحة الجمهور ، ولكنها تحتفظ لنفسها ، دون أفراد الجمهور ، بحق إلزام الشركة بتنفيذ هذه الشروط (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٣ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣١٣ — وفى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٣ — والتون ٢ ص ٥٧ — ص ٥٨) .

(٢) نقض مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧ — انظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦٧ .

والذى يثبت له حق النقض هو المشترط ، إلا إذا نزل عن هذا الحق[1] وقد يكون حق النقض مخالفاً لما يقتضيه العقد فلا يقوم ، كما إذا باع شخص عقاراً مرهونا واشترط على المشترى دفع بعض الثمن سداداً للدين المضمون بالرهن ، فهنا يكون عدم جواز نقض الاشتراط لمصلحة الدائن المرتهن أمراً يقتضيه العقد ، لما للمشترى من مصلحة فى تخليص العقار من الرهن ، فلا يجوز فى هذه الحالة للبائع الرجوع فى هذا الاشتراط . وقد يشترط المتعهد أن المشترط لايستعمل حق النقض إلا بموافقته إذا كانت له مصلحة فى تنفيذ الالتزام للمنتفع ، وقد سبق بيان ذلك . بل قد يشترط المتعهد أن يكون له هو أيضاً حق النقض بشرط أن يحل محل المنتفع المشترط أو منتفعاً آخر حتى لا يتحلل من التزامه بمحض إرادته[2] . وحق النقض حق شخصى يرجع لاعتبارات خاصة بالمشترط أو بمن يملك هذا الحق معه ، لذلك لا يجوز للدائنين استعماله باسم المدين ، ولا ينتقل إلى الورثة ، فإذا مات المشترط دون أن ينقض الحق ، فليس للورثة حق النقض ولو لم يصدر إقرار المنتفع ، وإلا لاندفعت الورثة بعامل مصلحتهم إلى نقض حق لم ينقضه مورثهم .

ويوجه المشترط النقض إلى المنتفع أو إلى المتعهد ، ولكن يجب إعلان المتعهد دائماً بالنقض حتى يمتنع عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع[3] ، وليس للنقض شكل مخصوص ، وكما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمنياً[4] .

---

(١) [والراجح فقهاً أنه يجوز الاتفاق على عدم نقض المشارطة ويعتبر ذلك نزولا من المشترط عن حق النقض (انظر الدكتور عبد الحى حجازى مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٢ بند ٤٩٢)] .

(٢) استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧١ — وفى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٣٨ . انظر أيضاً بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٥٨ . [قارن أنور سلطان هامش (١) فى ص ٣٥٥ حيث يشير إلى رأى لبعض الشراح مؤداه عدم جواز إعطاء حق النقض للمتعهد وحده] .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٧ .

(٤) ومن قبيل النقض الجزئى أن يرهن المؤمن له بوليصة التأمين لدائنه ، فلا يعود مبلغ التأمين إلى المنتفعين إلا بعد أن يستوفى الدائن حقه (استئناف مختلط فى ٢٧ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٢) .
وقضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق البائع والمشترى على أن يحتفظ المشترى ببعض الثمن تأميناً وضماناً =

وإذا نقض المشترط حق المنتفع ولم يعين منتفعاً آخر ولم يبرىء ذمة المتعهد فإن الحق ينصرف إليه هو ، ويعتبر أنه ثابت له من وقت العقد لا من وقت النقض ، وقد ثبت له بموجب العقد ولم ينتقل إليه من المنتفع ، ولذلك ينقلب الاشتراط لمصلحة الغير إلى عقد عادى لا ينصرف أثره إلا إلى المتعاقدين ، ويجوز للمشترط عند النقض أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الأول ، ويثبت له الحق من وقت العقد كذلك ولا يتلقاه من المنتفع الأول ، وإلى هذا تشير الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ إذ تقول : « ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك ، وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة » . وإذا نقض المشترط حق المنتفع وأضافه إلى نفسه ، فإنه يجوز له أن يعدل عن ذلك ويعين منتفعاً آخر ، سواء كان هو المنتفع الأول أو غيره ، ويعتبر حق أى من هؤلاء ثابتاً من وقت العقد دائماً ، ويعود العقد كما كان اشتراطا لمصلحة الغير[1] .

= لدين آخر على البائع ، فهذا الاتفاق يعتبر قانوناً اشتراطاً لمصلحة الغير ، وحكمه أن للمشترط الحق فى نقضه مالم يعلن من حصل الشرط لمصلحته قبوله له . ولا يجب فى نقض الاتفاق أن يكون بشكل مخصوص ، بل هو كما يقع صريحاً يصح أن يكون ضمنياً . ولا محل هنا لتطبيق المادة ١٤١ من القانون المدنى (القديم) لتمكين دائن البائع من استعمال حق مدينه والرجوع على المشترى ، فإن هذه المادة مجالها أن يكون حق المدين (هنا البائع) لا يزال باقياً فى ذمة المتعهد (هنا المشترى) عند استعمال الدائن هذا الحق ، فإذا ما انقضى بالوفاء فلا يبقى للمدين بعد ذلك أى حق يصح للدائن أن يباشره باسمه (نقض مدنى فى ١١ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧١ ص ٤٧٣) . ونلاحظ هنا أن دائن المشترط لايجوز له أن يستعمل حق النقض باسم مدينه لما قدمناه من أن هذا الحق شخصى للمشترط ، وقد ورد نص القانون الجديد صريحاً فى ذلك كما رأينا . فإذا امتنع على دائن البائع أن يستعمل حق النقض باسم مدينه ، فإن هذا يرجع إلى شخصية حق النقض ، لا إلى أن الثمن لم يعد باقياً فى ذمة المشترى كما ذهبت المحكمة .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وللمشترط أن ينقض المشارطة قبل إقرار المنتفع لها إلا أن يكون ذلك منافياً لروح التعاقد . وله عند نقض المشارطة أن يعين منتفعاً آخر أو أن يستأثر لنفسه بمنفعتها ، مالم تكن نية المتعاقدين قد انصرفت صراحة أو ضمناً إلى أن الإلغاء يترتب عليه أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط . ولما كان نقض المشارطة أمراً يرجع إلى تقدير المشترط ذاته ، فقد قصر استعمال هذه الرخصة عليه دون دائنيه أو ورثته . وإذا رفض المنتفع المشارطة نهائياً فيكون المشترط عين الحقوق التى تقدمت الإشارة إليها فى الفرض السابق ، والظاهر أنه يجوز له فوق ذلك أن يطلب فسخ العقد باعتبار أن المتعهد يستحيل عليه تنفيذ التزامه قبل المنتفع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧) .

٣٨٣ — علاقة المتعهد بالمنتفع (خاتمة) وجوب إقرار المنتفع لحقه : ولا ينقطع حق النقض إلا إذا صدر إقرار المنتفع[1]. فإقرار المنتفع إذن هو تثبيت لحقه ، وليس قبولا لإيجاب معروض عليه من المتعهد أو من المشترط كما بينا[2] . ولا بد من صدور إقرار من المنتفع كى لا يثبت له حق بدون رضاه[3]. فإذا صدر الإقرار تثبت الحق ، واعتبر موجوداً من وقت العقد لا من وقت الإقرار كما أسلفنا الإشارة .

ويستطيع المنتفع أن يصدر إقراره فى أى وقت شاء ما دام المشترط لم ينقض الحق[4]. ولا يسقط حقه فى إصدار الإقرار إلا بالتقادم . والذى يسقط بالتقادم هنا هو حق المنتفع الذى لم يتثبت بالإقرار ولم يستعمل فى خلال مدة التقادم .

---

(١) وإذا صدر نقض من المشترط وإقرار من المنتفع قبل أن يعلم أحدهما بما فعل الآخر ، فالعبرة ليست بتاريخ صدور النقض والإقرار ، بل بتاريخ إعلانهما إلى المتعهد ، فمن أعلن المتعهد أولا هو الذى يسرى تصرفه ، ويعتبر حق المنتفع منقوضاً إذا سبق المشترط إلى إعلان النقض للمتعهد ، أو يعتبر قد تثبت غير قابل للنقض إذا سبق المنتفع إلى إعلان إقراره للمتعهد (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٦١) . [وانظر الدكتور عبد الحى حجازى المصادر ١٩٦٢ بند ٤٩٦ ص ٨٠٨] .

(٢) [انظر فى هذا المعنى بيدان ج ٩ بند ٩٦٠ — ودى باج ج ٢ بند ٦٧٨ — ٦٨٦ — وكذلك لا يعتبر إقرار المنتفع إجازة (انظر الدكتور حشمت أبو ستيت بند ٣٢٥)] .

(٣) [وإذا توفى المنتفع قبل أن يعلن قبوله انتقل هذا الحق لورثته ما لم يتبين أن المشترط قد قصد صراحة أو ضمناً قصر الحق على المنتفع وحده (أنور سلطان بند ٢٩٨ ص ٣٠٦ وعبد الحى حجازى بند ٥٠٠)] .

(٤) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٤ — وفى ١٤ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٢١ — وقضت محكمة النقض بأن المادة ١٣٧ من القانون المدنى (القديم) نصت على أن من عقدت على ذمته مشارطة بدون توكيل منه فله الخيار بين قبولها ورفضها ، ولم يطلب القانون ممن حصل العقد على ذمته أن يظهر رغبته فى قبولها فى زمن معين ، وكل ما اقتضاه منه فى حالة عدم القبول أن يعلن الرفض ، أما القبول فيكفى فيه السكوت (نقض مدنى فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٨ ص ٣٠) .

هذا ويجوز لكل من المشترط والمتعهد أن يحدد أجلا معقولا للمنتفع يختار فيه بين الإقرار والرفض ، فإذا انقضى الأجل عد رافضاً . وللقاضى الرقابة على ما إذا كان الأجل معقولا (انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧) .

والإقرار قد يكون صريحاً أو ضمنياً[1] ، ولا يشترط له شكل مخصوص حتى لو تلقى المنتفع الحق تبرعاً ، فإن التبرع هنا ليس هبة مباشرة تستلزم الشكل ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ويعلن المنتفع إقراره للمتعهد أو للمشترط ، ولكن لا بد من إعلان المتعهد بالإقرار حتى يسرى فى حقه . والإقرار كالنقض تصرف قانونى ينعقد بإرادة منفردة .

فإذا صدر الإقرار وصار الحق غير قابل للنقض ، كان المدين بهذا الحق هو المتعهد أو ورثته . فإذا استحال التنفيذ جازت المطالبة بالتعويض . ولكن لا يجوز للمنتفع أن يطلب فسخ العقد . لأنه ليس طرفاً فيه . والذى تجوز له المطالبة بالفسخ هو المشترط كما قدمنا[2] .

وقد يرفض المنتفع ، صراحة أو ضمناً ، الحق الذى اشترط لمصلحته . وفى هذه الحالة ينصرف الحق إلى المشترط أو إلى ورثته من وقت العقد لا من وقت الرفض . والرفض ، كالنقض والإقرار ، تصرف قانونى ينعقد بإرادة منفردة . ويجوز لدائنى المنتفع الطعن فيه بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها[3] كما قدمنا . وغنى عن البيان أن المشترط يجوز

---

(١) [ولا يعتبر سكوت المنتفع عن إعلان رأيه رفضاً بل بالعكس يفترض أنه قبول للاشتراط (انظر أنور سلطان بند ٢٩٨) وقد أشار إلى حكم النقض الصادر فى ١٩٣١/١٢/١٧ — مجموعة عمر جزء أول ص ٣٠ رقم ١٨ — تأييداً لرأيه] .

(٢) وإلى هذا كله تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « وإذا صح عزم المنتفع على قبول الاشتراط ، فيجوز له أن يعلن المتعهد أو المشترط بإقراره ، ويراعى أن هذا الإقرار تصرف قانونى ينعقد بإرادة منفردة . ولا يشترط له استيفاء شكل ما ، ولم يحدد المشرع أجلا معيناً لصدوره ، ولكن يجوز إنذار المنتفع بالإفصاح عما يعتزم فى فترة معقولة . ويصبح حق المنتفع لازماً أى غير قابل للنقض بمجرد إعلان الإقرار . وهو حق مباشر مصدره العقد ، ويترتب على ذلك نتيجتان : الأولى أنه يجوز للمنتفع أن يطالب بتنفيذ الاشتراط ما لم يتفق على خلاف ذلك . ولما كان للمشترط مصلحة شخصية فى هذا التنفيذ ، وهو يفترق عن الفضولى من هذا الوجه ، فيجوز له أيضاً أن يتولى المطالبة بنفسه إلا إذا قضى العقد بغير ذلك . والثانية أنه يجوز للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تتفرع عن العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٧)

(٣) ذلك أن الحق قد ثبت للمنتفع من وقت الاشتراط لمصلحته ، وليس إقراره له إلا تثبيتاً وحماية له من النقض . فرفض المنتفع للحق بعد أن ثبت له يعتبر تصرفاً قانونياً مفقراً أسقط به حقاً ثابتاً ، ومن ثم يجوز لدائنى المنتفع الطعن فى هذا الرفض بالدعوى البوليصية إذا توافرت شروطها (سليمان مرقس نظرية العقد طبعة ١٩٥٦ فقرة ٣٢٥) [وانظر عكس ذلك أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٢٦ ص ٣٠٢ ، =

له ، عند رفض المنتفع ، أن يعين منتفعاً آخر يحل محل المنتفع الذى رفض ، ويثبت حق هذا المنتفع الآخر من وقت العقد لا من وقت تعيينه .

الفرع الثانى

قوة العقد الملزمة بالنسبة إلى الموضوع

٣٨٤ — *نسبية العقد من حيث الموضوع* : العقد نسبى أيضاً فى أثر قوته الملزمة من حيث موضوع التعاقد . والملتزم بالعقد مسئول عن ذلك ، وهذه المسئولية هى التى نسميها بالمسئولية العقدية ، وهى الجزاء الذى يكفل قوة العقد الملزمة .

فنحن نبحث إذن أمرين : (أولا) تحديد موضوع التعاقد (ثانياً) المسئولية العقدية .

المبحث الأول

تحديد موضوع التعاقد

٣٨٥ — *كيف يكون تحديد موضوع التعاقد* : لا يلتزم المتعاقد إلا بما ورد فى العقد . وقد يرى القاضى العقد فى حاجة إلى التفسير . فإذا فسره وجب عليه بعد ذلك أن يحدد نطاقه ، ليعين مدى ما أنشأ من الالتزامات . ثم وجب على الملتزم أن يقوم بالتزامه كما تحدد فى العقد دون نقص أو زيادة ، لأن العقد شريعة المتعاقدين .

فنحن نتكلم إذن فى مسائل ثلاث : (١) تفسير العقد . (٢) تحديد نطاق العقد . (٣) إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد على أساس أنه شريعة المتعاقدين .

= حيث يرى أن حق الرفض حق شخصى للمنتفع ، كما أن الحق لم يدخل بعد فى ذمته حتى يقال إنه أخرج من ذمته حقاً قائماً . ويبدو أن الدكتور مرقس فى كتابه مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٠ بند ٣٢٨ يوافق المؤلف على رأيه غير أنه قد وقع خطأ مطبعى (ص ٤٢٨) يوهم بغير ذلك ولكن هذا الخطأ يتبين من سياق الكلام ومن الرجوع إلى كتاب الدكتور مرقس فى نظرية العقد طبعة ١٩٥٦ ص ٤٠٣ — ٤٠٤] .

المطلب الأول

تفسير العقد (*)

(Interprétation du contrat)

٣٨٦ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٠ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » .

« ٢ — أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجارى فى

(*) بعض المراجع: ديريه (Dereux) فى تفسير التصرفات القانونية رسالة من باريس سنة ١٩٠٥ — جونو (Gounot) رسالة من ديجون سنة ١٩١٢ — جنى (Gény) فى طرق التفسير طبعة ثانية سنة ١٩١٩ — سالى (Saleilles) فى الالتزامات فى القانون الألمانى — وفى إعلان الإرادة — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٧٣ فقرة ٣٧٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٤٤٩ — فقرة ٤٥٩ — الدكتور أحمد زكى الشيتى فى تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد رسالة تقدم بها إلى معهد القانون المقارن بجامعة باريس سنة ١٩٤٩ (مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٩ العدد الأول — القسم الفرنسى ص ١ — ٨٦) - حامد فهمى ومحمد حامد فهمى فى النقض فى المواد المدنية والتجارية — والتون ١ ص ٣٦٢ — ص ٣٩٤ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٦ وما بعدها — حلمى بهجت بدوى فقرة ١٨٥ وما بعدها — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٣١ وما بعدها (طبعة ١٩٥٤) .

[أضف إلى ذلك : دى باج جـ ٢ ص ٥٢٠ بند ٥٦٠ وما بعده — بيدان جـ ٨ ص ٢١٤ بند ٢٩٩ وما بعده — مارتى ورينو جـ ٢ (المجلد الأول) بند ٩٧ ص ٧٩ وبند ٢١٦ وما بعده ص ١٩٧ وما بعدها — حسين عامر : فى القوة الملزمة للعقد سنة ١٩٤٩ — سليمان مرقس : مصادر الالتزام بند ٢٥٥ ص ٣٣٩ وما بعدها — أنور سلطان (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٣٠٣ وما بعده ص ٣٦٠ وما بعدها عبد المنعم فرج الصدة بند ٢٧٩ ص ٣١٦ وما بعده — عبد الحى حجازى (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٢٩٨ ص ٤٢٢ وما بعده — عبد السلام الترمانينى : سلطة القاضى فى تعديل العقود — بحث مقدم للمؤتمر السادس للمحامين العرب — المحاماة السنة (٤١) — العدد السادس (فبراير ١٩٦١) ص ٨٩٩ — وانظر المراجع المشار إليها فى هامش (٣) من صحيفة ٦٦٤ بهذا الكتاب] .

المعاملات »[١].

ونصت المادة ١٥١ على ما يأتى :

« ١ — يفسر الشك فى مصلحة المدين » .

« ٢ — ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن »[٢].

ويقابل هذه النصوص ، النصوص الآتية فى التقنين المدنى القديم :

م ١٣٨/١٩٩ : « يجب أن تفسر المشارطات على حسب الغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصدوه مهما كان المعنى اللغوى للألفاظ المستعملة فيها مع ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى » .

م ١٣٩/٢٠٠ : « وهكذا يكون التفسير فى الشروط المعلق عليها إبقاء المشارطة أو تأييدها » .

م ١٤٠/٢٠١ : « فى حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد » .

ولم يستحدث التقنين الجديد فى تفسير العقد قواعد لم تكن فى التقنين القديم . ولم يعد

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق ، فيما عدا بعض خلافات لفظية طفيفة وفيما عدا عبارة « وبالغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصداه » فقد تضمنها نص المشروع التمهيدى . وقد حذفت هذه العبارة فى لجنة المراجعة اكتفاء بعبارة « فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين » ، وأجريت بعض تعديلات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لنص القانون الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وكذلك وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٥٠ . ثم وافق عليه مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٥ — ص ٢٩٨) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين السورى م ١٥١ (مطابق) التقنين الليبى م ١٥٢ (مطابق) — التقنين العراقى م ١٥٥ — ١٦٥ (موافق) — التقنين اللبنانى م ٢٢١ و ٣٦٦ — ٣٦٨ (موافق) .

(٢) انظر تاريخ النص آنفاً فقرة ١١٨ .

أن قنن القضاء المصرى فيما جاوز النصوص القديمة . فأورد الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ ملزمة بعدم الانحراف عن عبارة العقد إذا كانت واضحة ، وقضاء محكمة النقض جرى على هذا المبدأ كما سنرى . وأورد الفقرة الثانية من المادة ١٥١ فى تفسير عقود الإذعان ، وقد جرى القضاء المصرى على هذا المبدأ كما رأينا عند الكلام فى عقود الإذعان[1] .

ولكن التقنين الجديد ، مع ذلك ، أبرز فى وضوح أن التفسير يتجه إلى الإرادة الظاهرة أكثر من اتجاهه إلى الإرادة الباطنة ، بأن أوجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل والعرف الجارى ، وهذه عوامل موضوعية تجعل الإرادة الظاهرة هى المصدر الذى تستخلص منه الإرادة الباطنة .

٣٨٧ — البحث فى تفسير العقد يأتى بعد البحث فى انعقاد العقد وفى صحته : ويلاحظ بادىء الأمر أن البحث فى تفسير العقد إنما يأتى بعد البحث فى انعقاد العقد والبحث فى صحته . إذ لا جدوى من تفسير العقد إلا إذا كان صحيحاً ، حتى يكون قابلا للتنفيذ[2] .

ونطاق البحث فى انعقاد العقد وصحته غير نطاق البحث فى تفسير العقد لتحديد آثاره . ففى انعقاد العقد وصحته يدور البحث حول الإرادة التى يؤخذ بها هل هى الإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة ، فإذا كانت هى الإرادة الباطنة فهل اتفقت أو انحرفت عن الإرادة الظاهرة لنتعرف هل هى صحيحة أو معيبة ، وهل تطابقت الإرادتان تطابقاً تاماً حتى تخلص

---

(١) [على أنه يلاحظ أن قواعد التفسير المنصوص عليها فى المادتين ١٥٠ و ١٥١ من التقنين المدنى إنما تنطبق على العقود المدنية . فهى لا تنطبق على القرارات الإدارية (انظر فى هذا المعنى نقض مدنى ٤ يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣ ص ٢٦)] .

(٢) ويلاحظ الدكتور الشيتى فى رسالته « تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد » (ص ٤٥ — ص ٤٦) أن نظرية التفسير ضرورية للبحث فى انعقاد العقد وفى صحته وفى تحديد آثاره ، إذ يتوقف على تفسير التعبير عن الإرادة لكل من المتعاقدين معرفة ما إذا كانت هاتان الإرادتان متطابقتين ، وهذا هو انعقاد العقد ، وما إذا كانت الإرادة الظاهرة تتفق مع الإرادة الباطنة ، وهذه هى صحة العقد ، وما هو مدى هاتين الإرادتين المتطابقتين الصحيحتين ، وهذا هو تفسير العقد لتحديد آثاره . ويستخلص الدكتور الشيتى من ذلك الأهمية البالغة التى لنظرية التفسير ، ويعتبر أنها هى المحك الذى يميز ما بين النظم القانونية المختلفة .

منهما إرادة مشتركة للمتعاقدين . أما فى تفسير العقد لتحديد آثاره ، فنحن بعد أن نكون قد استخلصنا الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، نقف عند هذه الإرادة الظاهرة لتبين معانيها ، ما وضح منها وما غمض، مفترضين أن هناك تطابقاً بينها وبين الإرادة الباطنة حتى يقوم الدليل على العكس . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلى .

٣٨٨ — القانون والواقع فى تفسير العقد : ويعنينا أن نبين منذ الآن ما يعتبر فى تفسير العقد قانوناً يخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر واقعاً لا يخضع لرقابتها(١) .

ويمكن حصر مسائل القانون فى تفسير العقد فى المسائل الثلاث الآتية :

(أولاً) هناك قواعد نص عليها القانون فى تفسير العقد . وهذه القواعد يلتزم القاضى باتباعها تحت رقابة محكمة النقض ، فإذا خرج عليها نقض حكمه لمخالفته للقانون . ويستخلص من نصوص التقنين الجديد المتقدم ذكرها أن قواعد التفسير الملزمة قانوناً ثلاث :

١ — ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ١) من أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة فيه مخالفة للقانون . وسنعرض فيما يلى لهذه القاعدة تفصيلا ، ونبين إلى أى حد تنبسط رقابة محكمة النقض فى ذلك .

٢ — ما نص عليه القانون (م ١٥٠ فقرة ٢) من أنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ . فالعبرة بالإرادة الحقيقية (الباطنة) على أن تكون هذه الإرادة هى الإرادة المشتركة

---

(١) [قارن : دى باج جـ ٢ بند ٥٦٥ ص ٥٢٥ وهامش ٢ — وبلانيول جـ ٢ بند ١١٨١ — وربر توار دالوز الحديث تحت كلمة « عقود » بند ٩٦ — فثمة رأى فى الفقه يعتبر أغلب القواعد التى ينص عليها المشرع فى باب تفسير العقود من قبيل النصيحة الموجهة إلى القاضى — وبالتالى يعتبر التفسير من مسائل الواقع أصلا فلا يخضع لرقابة النقض — باستثناء مسألة التكييف — إلا فى حدود ضيقة ، كما فى حالة مسخ العقد وتشويهه ، أو مخالفة معناه الظاهر دون مبرر سائغ] .

للمتعاقدين[1] على النحو الذى سنفصله فيما يلى . وهذه قاعدة قانونية ملزمة لايجوز الخروج عليها عند تفسير العقد . فالقاضى الذى يقرر فى حكمه أن المتعاقدين أرادا شيئاً معيناً ، وكان هذا الشىء جائزاً قانوناً . ثم يصرح بعد ذلك بأنه لا يقضى بما أراد المتعاقدان بل بما تقضى به العدالة ، يكون قد خالف القانون وينقض حكمه[2] . أما ما ذكره النص بعد ذلك من الاستهداء فى تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات ، فهذه قواعد ليست ملزمة وإنما يستأنس بها القاضى ، وهو حر فى ألا يتبعها إذا رأى أن اتباعها لا يجدى ولا يؤدى به إلى تعرف نية المتعاقدين . وهو إذا جهر بذلك لا ينقض حكمه .

(٣) ما نص عليه القانون (م ١٥١) من أن الشك يفسر فى مصلحة المدين ، مع استثناء عقود الإذعان ففيها لا يجوز أن يكون التفسير ضاراً بمصلحة الطرف المذعن . فهذه هى أيضاً قاعدة قانونية ملزمة فى تفسير العقد ، إذا خالفها القاضى نقض حكمه . وسنرى فيما يلى مدى تطبيق القاعدة ، ومتى يمكن القول بأن هناك شكاً فى إرادة المتعاقدين . ولكن نلاحظ منذ الآن أن تحديد معنى الشك ومتى يمكن القول بأن الشك موجود هو أيضاً من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض .

(ثانياً) إذا التزم القاضى فى تفسير إرادة المتعاقدين القواعد القانونية الملزمة التى تقدم ذكرها ، فهو يكشف عن هذه الإرادة وله سلطة التقدير فى الكشف عنها ، وهذه سلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض كما سنرى . ولكنه يتقيد قانوناً — ويخضع فى ذلك

---

(١) استئناف وطنى فى ١٩ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٤٥ — استئناف مختلط فى ١١ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ — وفى ١٥ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٣ — وفى ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ — وفى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ١٤ — وفى ٢٩ ديسمبر ١٩٢٧ م ٤٠ ص ١٢ — وفى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٣ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٠ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٢١ · نقض فرنسى فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٣ سيريه ١٩٢٤ — ١ — ١٥٩ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ١٣٨ .

لرقابة محكمة النقض — بقاعدة جوهرية بسطتها محكمة النقض فى كثير من أحكامها . ذلك أن قاضى الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذى ثبت عنده ، يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلا لا وهما ، غير مناقضة للثابت فى الدعوى ، وتؤدى عقلا لاستخلاص الواقعة التى ثبتت عند القاضى . فإذا أثبت القاضى مصدراً للواقعة وهمياً لا وجود له ، أو موجوداً ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو ، كان حكمه مخالفاً للقواعد القانونية فى الإثبات ووجب نقضه[1] .

(ثالثاً) متى كشف القاضى عن إرادة المتعاقدين ، ملتزماً فى ذلك القواعد القانونية التى تقدم ذكرها ، كيفها بعد ذلك التكييف القانونى الصحيح غير متقيد بتكييف المتعاقدين[2] ، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية . وهو خاضع فى التكييف وما رتبه عليه من آثار لرقابة محكمة النقض ، لأنه يطبق القانون على الواقع ، وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية[3] .

---

(١) نقض مدنى فى أول مارس سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ — انظر أيضا ما قررته محكمة النقض من أنه إذا كان لقاضى الموضوع السلطة التامة فى فهم الواقع فى الدعوى من دلائلها المقدمة له تقديماً صحيحاً ، ولا رقابة عليه فى ذلك لمحكمة النقض ، إلا أنه متى أثبت لهذا الفهم دليلا وهمياً لا وجود له ، أو كان موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص هذا الفهم منه ، فإن حكمه يقع إذن تحت رقابة محكمة النقض لمخالفته لقواعد الإثبات القانونية ، فإذا انتحل الحكم للحادث الضار سبباً تقصيرياً لا يمكن استخلاصه فعلا من عناصر التحقيق التى كانت أمام المحكمة تعين نقضه (نقض مدنى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠) .

(٢) [وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن العبرة فى تكييف العقود هى بحقيقة الواقع والنية المشتركة التى اتجهت إليها إرادة المتعاقدين دون اعتداد بالألفاظ التى استخدماها أو بالتكييف الذى أسبغاه على العقد (أنظر مثلا : نقض مدنى ١٩٦١/١٢/٢١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٧ ص ٨١٠ — ونقض مدنى ١٩٦٢/١٢/١٣ — مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٨٠ ص ١١٤٠)] .

(٣) [أنظر فى دور محكمة النقض فى تفسير العقود : مارتى ورينو جـ ٢ المجلد الأول بند ٢٢٠ ص ٢٠٢ — ومارتى (Marty) فى التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة النقض (رسالة من تولوز سنة ١٩٢٩) — وبحثه فى : دور القاضى فى تفسير العقود (فى أعمال جمعية هنرى كابيتان سنة ١٩٤٩ ص ٨٥ وما بعده) — وبحثه عن « المحكمة العليا وتفسير العقود » المقدم إلى مؤتمر القانون المقارن =

أما ما يعتبر من الواقع فى تفسير العقد ولا يخضع لرقابة محكمة النقض ، فهو هذه السلطة

= فى برشلونه سنة ١٩٥٦ (حوليات كلية حقوق تولوز سنة ١٩٥٦ ص ٧١ وما بعدها) — وانظر انسكلوبيدى دالوز (مدنى) تحت كلمة « نقض » بند ٧٠ ومابعده — ورسالة تالامون Talamon عن سلطة محكمة النقض فى تفسير العقود (رسالة من باريس سنة ١٩٢٦) — ودى باج جـ ٢ بند ٥٦٦ — و « النقض فى المواد المدنية والتجارية » للأستاذين حامد فهمى ومحمد حامد فهمى فقرة ٢٩٩ ومابعدها] .

وقد قضت محكمة النقض بأن من حقها أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانونى لما تثبته فى حكمها من الوقائع ، وذلك لتعرف ما إذا كان هذا التكييف قد جاء موافقاً للقانون أم مخالفاً له . فإذا ادعى بائع قطعة من الأرض إلى زوجته بعقد مسجل بثمن معين أقر بقبضه أن هذا البيع هو فى الحقيقة وصية ، واستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشترية تبيح له فيه الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته وتصرح فيه بأنه فى حالة وفاتها قبله تعود ملكية القدر المبيع إليه . وتمسكت هى فى دفع هذه الدعوى بورقة صادرة من البائع بعد تاريخ الإقرار الصادر منها بمدة طويلة يتنازل لها فيه عن ريع الأرض المبيعة ، واعتبرت المحكمة هذا التنازل مكيفاً للعقد المتعلق بالملكية الوارد فى إقرار المشترية ومتمماً لعقد البيع بجميع أركانه زعماً بأنها بعد هذا التنازل تكون قد نقلت ملكية الرقبة والمنفعة معاً إلى المشترية ، فهذا الاعتبار لا يمكن حسبانه تفسيراً لعقد البيع ولا لإقرار المشترية أو تنازل البائع ، وإنما هو وصف وتكييف للعقد ، أغفلت المحكمة فيه عنصراً هاماً هو ما نص عليه فى إقرار المشترية من عودة الملكية إلى البائع إذا ما توفيت هى قبله ، ويكون لمحكمة النقض أن تصحح تكييف هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذى لا خلاف على ثبوته ولا على دلالته ، فتعتبره وصية لا بيعاً صحيحاً (نقض مدنى فى ٢ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٨ ص ١٩٢) — والمتعاقدان قد يخطئان فى تكييف العقد جهلا أو عمداً ، والتعمد يكون لإخفاء غرض غير مشروع ، كربا فاحش يستتر تحت اسم إيجار أو بيع (استئناف وطنى فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٥) ، وكرهن حيازة يستتر تحت اسم بيع وفاء فى القانون المدنى القديم ، وكشركة محاصة هى فى الواقع قرض (استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٠٦) ، وكبيع هو فى الواقع تأمين لدين على البائع للمشترى (زقازيق استئنافى فى ١٢ نوفبر سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٣ ص ٣٠) ، وقد يوصف الصلح بأنه وكالة (استئناف وطنى فى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/٥٢ — أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ٢ ينـاير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٩٣ — وفى ١٠ مايو سنة ١٩٤٠ م ٣٦ ص ٣٦٤ — وفى ٢٤ فبراير سنه ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٤) .

وكثيراً ما تستتر الوصية تحت اسم آخر ، كالبيع ، فعلى محكمة الموضوع أن تتبين إرادة المتصرف ، وأن تكيف هذه الإرادة التكييف القانونى الصحيح خاضعة فى ذلك لرقابة محكمة النقض (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٩٢٨ هامش رقم ١ وفيه إشارة لأحكام كثيرة لمحكمة استئناف مصر تكيف التصرف تارة بأنه وصية وطوراً بأنه بيع — ويضاف إلى هذه الأحكام ما يأتى : استئناف مصر فى ٢٧ ينـاير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٣ ص ٤٨ — وفى ٢١ مايو ١٩٣٥ المحاماة ١٦ ص ٣٠١ — وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٥ ص ١١٢ — وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٨٩ ص ١١٧٨ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ١٥٩ ص ١١٨١ — وفى =

التقديرية التي للقاضي في الكشف عن إرادة المتعاقدين واستخلاصها من الوقائع الثابتة

= ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣٠٩ ص٧٣٧ — وفي ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٦٢ ص ٣٧٣ — وفي ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٥٣٢ ص ١٤٢٤ .

وتخضع محكمة النقض هذه التصرفات لرقابتها تارة عن استظهار نية المتصرف وهي مسألة موضوعية ، ولكن محكمة النقض تشترط في استظهار النية كما رأينا أن تكون الوقائع التي استخلصت منها هذه النية قائمة على مصادر موجودة غير متناقضة ومؤدية إلى النتيجة التي قررتها في حكمها (نقض مدني في ٢٥ مايو سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٦ ص ٢٢٧) ، ونية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة كاستمرار وضع يد البائع على العين واستغلالها إلى حين وفاته وكفقر المشترى وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد وكعدم تسجيل العقد وكاستمرار قيام البائع بدفع الأموال الأميرية أو العوائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته (استئناف مصر في ٣١ مارس سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٩ ص ٦٦٤) — وطوراً عن طريق إخضاع التكييف القانوني للتصرف لرقابتها ، وقد رأينا في الحكم السابق ذكره الصادر في ٣ مارس سنة ١٩٣٣ أنها كيفت التصرف وصية لا بيعاً ، وفي حكم آخر كيفته هبة لا وصية ، فقضت بأنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود المختلف على معناها بحسب ما تراه أدنى إلى نية المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها ، إلا أنه إذا أدى هذا التفسير إلى إعطاء العقد وصفاً قانونياً خاطئاً ، فإن حكمها في ذلك يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض التي يجب عليها في هذه الحالة تصحيح ما وقع من الخطأ ، فإذا صدر عقد من شخص إلى حفيده ببيع قطعة من الأرض له ، نص فيه على أن البائع باع تلك الأطيان لحفيده بيعاً قطعياً لا رجوع فيه ونزل له عنها في مقابل ثمن قدره كذا قبضه من المشترى ، وأنه سلم الأطيان للمشترى لكي يضع يده عليها ويزرعها ويبيع محصولاتها الخاصة بنفسه إلى غير ذلك ، وسجل هذا العقد تسجيلا تاماً ، واستمر البائع واضعاً يده على الأطيان ، ثم تنازع مع المشترى على ملكيتها ، ودفع لدى القضاء بأن هذا العقد وصية وأنه سبق أن أخذ ورقة ضد من المشترى مقتضاها أن تبقى الأطيان تحت يده هو يستغلها لحين وفاته ولكن هذه الورقة ضاعت منه ، إذا حصل ذلك وحكمت محكمة الموضوع باعتبار هذا العقد وصية بناء على ما بان لها من الظروف التي لابست تحرير العقد وحالة البائع وظرف المشترى ومركزه بالنسبة للبائع وبقاء العين تحت يد صاحبها ، كان حكمها خاطئاً في تطبيق القانون ووجب على محكمة النقض تصحيحه باعتبار هذا العقد عقد تبرع منجز أي هبة مستترة في صورة بيع ، فهي هبة صحيحة (نقض مدني في ٢ يونية سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٣ ص ١١٨) .

وقد كان تكييف التصرف على أنه وصية أو هبة أو بيع في القانون المدني القديم أمراً محيراً (انظر إلى ما جاء في ذلك من الضوابط نظرية العقد للمؤلف ص ٩٢٨ في آخر الحاشية رقم ١ وتجد الأحكام مشاراً إليها في أسفل ص ٩٣٢ — ص ٩٣٣) . وتضمن التقنين الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧ وتقضي بأنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك » . ويبرر مسلك التقنين الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع أو الهبة ، مما يؤدى في الغالب إلى تقييد التصرف ، أن باعث القضاء على التساهل في تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع أو الهبة على جانب الوصية =

= لما كانت أحكام الوصية تضيق عن الإيصاء لوارث ، فكان القضاء يعالج بهذا التساهل عيباً فى القانون ليصحح وصايا لها ما يبررها فى ظروف الأسرة تحت ستار أنها بيوع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصرى من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيما لا يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث ، فلم يعد هناك مقتض لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة .

وقد كانت محكمة النقض ، قبل التقنين المدنى الجديد ، تجعل احتفاظ المتصرف بحيازة العين لا بحقه فى الانتفاع بها مدى حياته قرينة قضائية على أن التصرف وصية — قبل أن تصبح فى التقنين الجديد قرينة قانونية — لا سيما إذا اقترن ذلك باشتراط عدم تصرف المشترى فى الرقبة طول حياة البائع : انظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ، ص ٤٤٥ — وفى ١١ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٦ ص ٦٩ — وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ — وفى ٣ نوفبر سنة ١٩٤٩ مجموعة المحكمة السنة الأولى رقم ٥ ص١٧ — ومع ذلك انظر : نقض مدنى فى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤ (إقرار ألغى شرط المنع من التصرف) — وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٦ ص ١٥٣ — وفى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ — وفى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٩ ص ٧١٠ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٨١ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة المحكمة السنة الأولى رقم ٤٤ ص ١٥٢ — كذلك قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل العقد قرينة على أنه وصية (نقض مدنى فى ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ — وفى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ٤ ص ١١ — وفى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٨ ص ٤٤٥ — وفى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٣ ص ١٠٧ — وفى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٣ ص٢٣١ — وفى ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٨ ص ١٧٤ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المحكمة السنة الأولى رقم ٧٦ ص ٢٨٩ . ومع ذلك انظر : نقض مدنى فى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤١٣ ص ٧٦٤ — وانظر فى أن تنازل البائع عن ورقة الضد يدل على تنجيز العقد : نقض مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المحكمة (١) رقم ٩١ ص٣٦٢ ، وفى أن تسليم البائع العقد للمشترى وتخليه من الحيازة له قبل الوفاة (حتى لو ثبت أن العقد لم يسجل وأن ثمناً لم يدفع) يدل على التنجيز وعلى تخلى المورث عن فكرة الرجوع فى التصرف : نقض مدنى فى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص٥٦٤ — وفى ١٦ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المحكمة (١) رقم ٩٠ ص ٣٥٨ ، وفى أن التصرف يعتبر وصية إذا كان البائع قد أصدر عقد البيع منفرداً ولم يقبض ثمناً ولم يسلم العقد للمشترين بل احتفظ به طوال حياته : نقض مدنى فى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة المحكمة (١) رقم ٨٦ ص ٣٤٠ ، وانظر فى الهبة بعوض وهى سافرة : نقض مدنى فى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٢ ص١٧٨ ، وفى الهبات المستترة فى صورة سندات : نقض مدنى فى ٢٣ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٢ ص٢١٠ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١ ص ٤٧ — وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٥ ص ١٥٢ — وفى ٩ نوفبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧ .

ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التى أقامها التقنين الجديد — وهى احتفاظ المورث بالحيازة وبحقه =

أمامه فى الدعوى[1] . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[2] .

= فى الانتفاع مدى حياته — هى الشىء الثابت فى هذه المسألة . وهى قرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن فى هذا المعنى ، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق أن المشترى قاصر وأن البائع باشر الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التى تعارض قرينة أن التصرف وصية . [وفى هـذا المعنى قضت محكمة النقض بأنه لا مخالفة للقانون فى القضاء باعتبار العقد بيعاً رغم احتفاظ البائع بحق الانتفاع مدة حياته ، متى كان الحكم قد استظهر فى تفسيره للعقد انتفاء مظنة إضافة التصرف إلى ما بعد موت البائع من وجود نص فى العقد يلزم البائع بتحرير العقد النهائى فى ميعاد محدد وإلا كان للمشترى رفع دعوى بإثبات صحة ذلك العقد (نقض مدنى ٢٥ يناير ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٩ ص ١٢٧)] .

والذى يعنينا أن نقرره هنا هو أن لمحكمة النقض رقابة تامة على التكييف القانونى للعقد وقد قضت بأن تمليك كل من الزوجين الآخر ماله بعد وفاته هو تبادل منفعة معلق على الخطر والضرر ، ولا غرض منه سوى حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية فى الميراث ، وهو من قبيل الرقبى المحرمة شرعاً (نقض مدنى فى ١٤ يونيه ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٩ ص ٤٩٩ — وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام فى التركة المستقبلة فقرة ٢١٧) . وقضت أيضاً بأن العقد الذى يزيد فيه ما يدفع من الثمن نقداً عما يدفع منه عيناً هو بيع لا مقايضة ، فتكييف محكمة الموضوع العقد على هذا النحو لا غبار عليه (نقض مدنى فى ٣٠ مايو ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ ص ٨١٤) .

[أنظر فى تكييف العقد بأنه ليس رهناً تجاريا بل هو عقـد من نوع خاص : نقض مدنى ٢١ مايو ١٩٥٣ (حكمان) : مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦١ ص ١٠٢٨ ورقم ١٦٢ ص ١٠٣٧ — وفى تكييفه بأنه بيع قطن وليس رهناً تجارياً : نقض مدنى ٢١ مايو ١٩٥٣ — مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٦ ص ١٠٦١ — وفى تكييفه بأنه عقد من نوع خاص وليس وكالة بالعمولة أو رهناً تجارياً : نقض مدنى ٢٥ يونية ١٩٥٣ — مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٩١ ص ١١٩٣ — وفى تكييفه بأنه عقد بدل لا عقد قسمة : نقض مدنى ٧ يونية ١٩٥١ — مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٢٤] .

(١) [بيدان جـ ٨ بند ٣٠٠ وأحكام النقض الفرنسية التى أشار إليها]

(٢) وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ فى أحكام كثيرة . من ذلك ما قضت به من أن استظهار نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها مما يدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه ، فله أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن العاقدين قصدا به أن يكون البيع تاماً منجزاً بشرط جزائى ، ولم يقصدا أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدنى فى ٥ يناير ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) . وقضت كذلك بأن تفسير العقود هو من شؤون محكمة الموضوع ، فلها أن تقرر معناها على أى وجه تراه مفهوماً من صيغتها وتعتبره متفقاً مع قصد المتعاقدين ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك ما دامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذى تأخذ به (نقض مدنى فى ٢ فبراير ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٥ ص ١٧١) . وقضت أيضاً بأن استظهار نية التصرف مسألة موضوعية لا مدخل فيها لمحكمة النقض ما دامت الوقائع التى سردتها المحكمة فى حكمها والظروف التى بسطتها فيه تؤدى إلى النتيجة القانونية التى قررتها (نقض مدنى فى ٢٥ مايو ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم =

= ١٢٦ ص ٢٢٧) . وقضت بأن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديما صحيحاً ، وفى موازنة بعضها بالبعض الآخر ، وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها ، واستخلاص ما يرى أنه هو واقعة الدعوى دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه فى ذلك ولو أخطأ فى نفس الأمر ، لأن خطأه يكون فى فهم الواقع فى الدعوى لا فى فهم حكم القانون فى هذا الواقع ، ومحكمة النقض لا تنظر إلا فى مسائل القانون . ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هى أن يثبت القاضى مصدراً للواقعة التى يستخلصها يكون وهمياً لا وجود له ، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو (نقض مدنى أول مارس ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨) . وقضت أنه بحسب قاضى الموضوع أن يبين الحقيقة التى اقتنع بها وأن يذكر دليلها ، وما عليه أن يتتبع الخصوم فى مناحى أقوالهم ومختلف حججهم وطلباتهم ويرد استقلالا على كل قول أو حجة أو طلب أثاروه فى مرافعتهم ، ما دام الحقيقة التى اقتنع بها وأورد دليلها فيه التعليل الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات (نقض مدنى فى ٣١ مايو ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٨٩ ص ٤١٤) .

انظر أيضاً فى هذا المعنى أحكاماً كثيرة نذكر منها : نقض مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ — وفى ١٣ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٩ ص ٢٠٥ — وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٥ ص ٢٩١ — وفى ٢٢ فبراير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٦٧ ص ٣٢٧ — وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٥ ص ٥٢٠ — وفى ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٨ ص ٦٤٦ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٨٣ ص ٢٤٠ — وفى ١١ يناير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٢٢ ص ٥١ — وفى ٢١ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٦ ص ١٤٠ — وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٢ ص ١٧٧ — وفى ٦ يونية سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٦ ص ٢٣١ — وفى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٢ ص ٢٥٩ — وفى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٧ ص ٢٩٤ — وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٠ ص ٣٩٣ — وفى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٢ ص ٤٨٨ — وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٨ ص ٥٨ — وفى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٧ ص ١٥٤ — وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٤ ص ٢٥١ — وفى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٧ ص ٢٥٦ — وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩ ص ٢٦٤ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠٦ ص ٢٧٤ — وفى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٧ ص ٥٦٧ — وفى ١٧ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٣ ص ٦٨٠ . [وفى ٦ يناير ١٩٥٥ — مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٥٤ ص ٤٤٣ — وفى ١٩٥٦/٤/٢٦ — مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٧٥ ص ٥٤٥ — وفى ١٩٥٧/٦/١٣ — مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦ — وفى ١٩٦٠/٦/٢٣ — مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٨ ص ٤٣٢] .

هذا ويلاحظ أن تفسير إرادة المتعاقدين لا يكون مسألة موضوعية إذا أخذنا بنظرية الإرادة الظاهرة ، فإن تفسير هذه الإرادة يكون إذن مسألة قانونية كتفسير نصوص القانون ذاته ، ويكون التفسير فى هذه الحالة خاضعاً لرقابة محكمة النقض (نظرية العقد للمؤلف ص ٩٢٧ هامش رقم ٢) .

٣٨٩ — **حالات التفسير الثلاث** : رأينا أن التقنين المدنى الجديد نظر إلى حالات ثلاث فى تفسير العقد ، ووضع لكل حالة قاعدة قانونية ملزمة . فإذا كانت عبارة العقد واضحة لم يجز الانحراف عن المعنى الظاهر . أما إذا كانت غير واضحة فيجب تبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين . فإذا قام شك فى تبين هذه الإرادة فسر الشك لمصلحة الملتزم فى غير عقود الإذعان .

ونبحث الآن بالتفصيل كلا من هذه الحالات الثلاث .

§ ١ — عبارة العقد واضحه

٣٩٠ — **القاعدة التى تتبع فى التفسير** : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تقضى بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين . وهذا النص ليس إلا تقنيناً لقضاء محكمة النقض عندنا . فإن هذه المحكمة ، وقد جرت فى ذلك على نهج محكمة النقض الفرنسية ، تفرق فى العقد بين الشروط الظاهرة والشروط الغامضة . وتطلق سلطان قاضى الموضوع فى تفسير الشروط الغامضة ليستخلص منها إرادة المتعاقدين على الوجه الذى يؤدى إليه اجتهاده . أما بالنسبة إلى الشروط الظاهرة فلا تجيز محكمة النقض لقاضى الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر . ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسخاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم[1] .

---

(١) [ومن صور الانحراف عن المعنى الظاهر والمعتبر مسخاً للعقد ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا كان المدلول الظاهر للاتفاق هو التزام الطاعن باستغلال سينما لحساب المطعون عليه إلى أن يجد أحدهما خلال أجل محدد مستغلا لها فيلتزم الطاعن عندئذ بدفع نصف الايجار الذى يقدمه المستغل الجديد فإن مؤدى ذلك أن هذا الالتزام مقيد بشرط وجود هذا المستغل خلال الأجل المتفق عليه بحيث ينتهى بانقضاء ذلك الأجل ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد أسس قضاءه بالزام الطاعن بنصف الايجار عن المدة التالية لانتهاء الأجل إستناداً إلى عقد الاتفاق سالف الذكر يكون قد انحرف فى تفسير الاتفاق عن المعنى الظاهر له ومسخه مما يستوجب نقضه (نقض مدنى فى ١٩٦١/٥/٤ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٤ ص ٤٤٤) . وماقضت به فى حكم آخر من أنه إذا كان قد نص فى العقد على أن البيع خاضع لشروط بورصة =

٣٩١ — العبارة الواضحة قد تكون محلا للتفسير : ولا يفهم من ذلك أن العبارة إذا كانت واضحة فلا يجوز تفسيرها . بل إن القاضى قد يجد نفسه فى حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة ، مهما بلغ وضوحها ، وسلس معناها ، وارتفع عنها اللبس والإبهام ، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة . فقد تكون العبارة فى ذاتها واضحة ، ولكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءا استعمال هذا التعبير الواضح ، فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح فى معنى آخر[1] . ففى هذه الحالة لا يأخذ القاضى بالمعنى الوضاح للفظ ، ويجب عليه أن يعدل عنه إلى المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان . وهو بذلك يفسر اللفظ الواضح ، بل وينحرف عن معناه الظاهر دون أن يحرفه أو يمسخه أو أو يشوهه[2] . ولكن لا يجوز للقاضى أن يفعل ذلك إلا بشرطين :

(الشرط الأول) هو أن يفرض بادىء الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو ذات المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان ، فلا ينحرف عنه إلى غيره من المعانى إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك[3] .

= مينا البصل ، وهو نص عام مطلق يحكم جميع شروط التعاقد بما فى ذلك تحديد السعر فإن تفسير الحكم المطعون فيه لهذا النص بأنه قاصر على العيوب التجارية ينطوى على مسخ للعقد (نقض مدنى فى ١/٢/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٢٣ ص ١٤٨) كما قضت بأن عدم إعمال نص فى العقد يعتبر مسخا له يعيب الحكم (نقض مدنى ٢٦/١/١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٥ ص ٦٠) .

وانظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض مدنى ١٠/٤/١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٢٩ ص ٨٨٩ ونقض مدنى ١٥/٢/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٨ ص ٢٤٦] .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن الأمر قد يحتاج إلى التفسير رغم وضوح العبارة كما لو وجدت فى العقد عبارتان كل منهما واضحة ولكن بينهما من التناقض ما يقتضى التفسير (نقض عرائض ٦ فبراير ١٩٤٥ جازيت دى باليه ١٩٤٥ — ١ — ١١٦ — ريرتوار داللوز الحديث تحت كلمة (عقود) بند ٩٤] .

(٢) [فإذا مسخ القاضى العقد خضع حكمه لرقابة النقض : بيدان ٨ ص ٢١٧ نهاية الفقرة ٣٠١ — وفقرة ٣٠٢ — ونقض فرنسى ١٩ يناير ١٩٤٢ داللوز الأسبوعى ١٩٤٢ — ١٠٧ ، ونقض فرنسى ١٤ ديسمبر ١٩٤٢ داللوز الانتقادى ١٩٤٤ — ١١٢ ونقض ٢ ديسمبر ١٩٤٧ داللوز ١٩٤٨ — ٥ — وريرتوار داللوز الحديث تحت كلمة (عقود) بند ٩٣] .

(٣) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا أخذت محكمة الموضوع بما تفيده ظاهر عبارات =

(والشرط الثانى) هو أنه إذا عدل عن المعنى الواضح إلى غيره من المعانى لقيام أسباب تبرر ذلك ، وجب عليه أن يبين فى حكمه هذه الأسباب . وفى هذا تقول محكمة النقض : « لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه هى أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها . ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، بشرط أن تبين فى أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعنى الذى اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت فى تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها . فإن قصر حكمها فى ذلك كان باطلا لعدم اشتماله على الأسباب الكافية التى يجب قانوناً أن ينبني عليها »[1] .

= عقد الاتفاق ، فانها بذلك تكون قد التزمت حدود القانون فى شأن تفسير العقود ، ولا يسوغ النعى عليها بأنها لم تعدل عن المعنى الظاهر إلى سواه مادام لم يوجد مسوغ للعدول ولم تستبن المحكمة أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى معنى آخر خلافه : نقض مدنى فى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٨ ص ٨٢٤] .

(١) نقض مدنى فى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤١ ص ٨٣ [وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم إذا لم يبد أسباباً سائغة لخروجه على ظاهر مدلول الشرط الذى تضمنه العقد يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه (نقض مدنى ٣١/٥/١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤١ ص ٨٨٨)] — وقضت محكمة النقض أيضاً بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفهم نصوص العقد وما قصده العاقدان منها دون أن تتقيد بألفاظها ، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليها فى ذلك ما دامت قد بينت فى أسباب حكمها وجهة نظرها وما دعاها إلى الأخذ بما أخذت به فى قضائها ، ولماذا لم تأخذ بظاهر ألفاظ العقد ، وما هى الظروف والملابسات التى رجحت عندها ما ذهبت إليه (نقض مدنى فى ١٠ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٢ ص ٨٤) . وقضت أيضاً بأنه مهما يقل بأن للمحكمة أن تعدل عن المعنى الظاهر للعقد إلى ما تراه هى أنه مقصود العاقدين ، فلا شك فى أنه يكون عليها إذا ما رأت أن تأخذ بغير ظاهر العقد أن تبين فى حكمها لم عدلت عن المدلول الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت صيغته المعنى الذى أخذت به ورجحت أنه مقصود العاقدين ، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد اعتمدت فى تأويلها إياه على اعتبارات مقبولة يصح معها استخلاص ما استخلصته منها . فإذا هى لم تفعل كان حكمها معيباً بقصور أسبابه (نقض مدنى فى ٣ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨ ص ٣٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا لم تأخذ المحكمة بظاهر مدلول عبارة وردت فى ورقة من أوراق الدعوى ، وأوردت فى أسباب حكمها الاعتبارات التى =

٢٩٢ — رقابة محكمة النقض في تفسير العبارات الواضحة : ويتبين مما قدمناه أن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع فى تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم . فإذا التزمت محكمة الموضوع المعنى الواضح للفظ الظاهر لم تكن فى حاجة إلى تسبيب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح وهو الذى يعبر عن مقصود

= دعتها إلى ذلك ، وكانت هذه الاعتبارات مقبولة عقلا ، فلا يصح النعى على حكمها أنها مسخت الورقة التى تصدت لتفسيرها أو أنها حرفت معناها (نقض مدنى فى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٧ ص ١٤٤) .

انظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض مدنى فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٩ ص ١٦١ وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٩ ص ٢٨٣ — وفى ٥ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣١٢ ص ١٠٢٠ — وفى ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٥ ص ١١٥٥ — [وفى ١٠ أبريل ١٩٥٢ — مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٢٩ ص٨٨٩ — وفى ٢٤ يناير ١٩٥٧ — مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١ ص ٩٨ — وفى ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ — مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٦ ص ٨٠٨] — انظر كذلك « النقض فى المواد المدنية والتجارية » لحامد فهمى ومحمد حامد فهمى فقرة ١٠٢ والأحكام المشار إليها فيه ، وانظر فقرة ١٠٣ وفقرة ١٠٤ من ذلك الكتاب فى نقد قضاء محكمتى النقض المصرية والفرنسية فى هذه المسألة وإلى رأى خاص لمؤلفى ذلك الكتاب .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية هذا المذهب فى أحكامها ، وعنها أخذت محكمة النقض المصرية كما سلفت الإشارة : انظر نقض فرنسى فى ١٥ أبريل سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ١٧٦ — وفى أول يوليو سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٧ — ١ — ٢١٧ — وفى ٣ فبراير سنة ١٨٨٦ داللوز ٨٦ — ١ — ٤٦٩ — وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩١ داللوز ٩٢ — ١ — ١٠٤ — وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٢٦٧ — وفى ٢٦ يناير سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٧ — ١ — ١٢٧ — وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٢ — ١ — ٧٩ — وفى ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ سيريه ١٩٢٥ — ١ — ١٦٦ — وفى أول يولية سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ١ — ٢٨٦ — وفى ٢١ يولية سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣٠ — ١ — ٣٦٥ — وانظر فى تحليل قضاء محكمة النقض الفرنسية والعهود الثلاثة التى مر بها هذا القضاء : كتاب « النقض فى المواد المدنية والتجارية » لحامد فهمى والدكتور محمد حامد فهمى فقرة ٨٩ — فقرة ١٠١ .

هذا ولعل فيما قدمناه من جواز تفسير العبارة الواضحة رداً على ما استدركه الدكتور أبو عافية (فى رسالته فى التصرف المجرد نسخة عربية ص ٢٨٤ هامش رقم ٨) على التقنين المدنى الجديد ، فقد ذهب إلى أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٠ تمنع من تفسير العبارة الواضحة للعقد . وقد رأينا أن هذا النص فى التقنين الجديد لم يقصد به إلا تقنين قضاء محكمة النقض فى هذه المسألة ، وليس يمنع من تفسير العبارة الواضحة بالشرطين اللذين بيناهما .

العاقدين[١] . أما إذا عدلت عن هذا المعنى الواضح إلى معنى آخر تعتبر أنه هو الذى قصد إليه المتعاقدان ، وجب عليهـا أن تبين فى أسباب الحكم لم كان هذا العدول . ومحكمة النقض تراقب الأسباب ، فإن اقتنعت بأن العدول قد قام على اعتبارات تسوغه سلم الحكم من النقض ، وإلا نقض لقصور التسبيب[٢] .

ويبدو أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحـة أو غامضة يدخل أيضاً فى رقابة محكمة النقض ، وإلا جاز للقاضى أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها عن معناها الظاهر دون أن يذكر الأسـباب التى تبرر ذلك ، بل يكتفى بتقرير أن العبارة غامضة ، وأن المعنى الذى استخلصه هو مقصود المتعاقدين ، وأن هذا وذاك يدخل فى سلطان تقديره الموضوعى دون تعقيب عليه من محكمة النقض .

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد التزم فى تفسيره للشرط (المتنازع عليـه فى العقد) المعنى الظاهر لعباراته وضمن أسبابه أن هـذا المعنى هو ما قصده المتعاقدان ، فلا يكون مطالباً بعد ذلك بإيراد أسباب أخرى لتبرير أخذه بالمعنى الظاهر ، لأن اقتضاء الأسباب محله أن تكون المحكمة قد عدلت عن هذا المعنى الظاهر إلى معنى آخر فيكون عليها عندئذ أن تبين علة هذا العدول (نقض مدنى ١٥/٢/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٤٠ ص ٢٥٩)] .

[وقضت بأنه متى كانت عبارات العقد تحتمل المعنى الذى حصلته محكمة الموضوع منها فلا رقابة لمحكمة النقض عليها وأنه إذا كان الحكم قد اعتمد فيما استخلصه من العقد على المعنى الظاهر له وبين الاعتبارات المعقولة المؤدية إلى ما ذهب إليه فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور (نقض مدنى ٣١/٥/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١١٠ ص ٧٣٤)] .

[وأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص أن نية المورث قد انصرفت إلى الإيصاء لا إلى البيع وكان هذا الاستخلاص سائغاً فإن ما يثيره الطاعن فى شأن هـذا التفسير يكون جدلا موضوعياً (نقض مدنى ٢١/٦/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٢٣ ص ٨٢٤)] .

[وفى نفس المعنى : نقض مدنى ٢٠/١٢/١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٣٤ ص ٧٩٦] .

(٢) وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى إذ تقول : « ويلاحظ أخيراً أن القاضى ينبغى أن يلجأ إلى الوسائل المادية دون غيرها لاستخلاص إرادة المتعاقدين الذاتية ، سواء أكان هنـاك محل لتفسير العقد أم لا . فليس للقاضى المدنى ما يتمتع به القاضى الجنائى من حرية فى تكوين عقيدته . وغنى عن البيان أن مراعاة هذه القاعدة الهامة مسألة من المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض — أنظر قضاء هـذه المحكمة فيما يتعلق بقصور الأسـباب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧ فقرة ٣) .

٣٩٣ — هل الأخذ بالمعنى الظاهر للفظ الواضح أخذ بالإرادة الظاهرة : وبعد أن بسطنا القاعدة فى تفسير العبارة الواضحة للعقد ، يحق لنا أن نتساءل : ما دام القاضى لا ينحرف عن المعنى الظاهر للفظ الواضح ، وقد ألزمه القانون ذلك بصريح النص[(1)] ، فهل لنا أن نفهم أن القانون قد أخذ فى هذه الحالة بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة ، ما دام لا يجيز الانحراف عن الأولى ؟

إن الإطلاق الذى رأيناه فى نص القانون قد تقيد بما قدمناه من أن القاضى له أن يعدل عن المعنى الظاهر للفظ الواضح إلى معنى آخر يقتنع بأنه هو المعنى الذى قصد إليه المتعاقدان ، ما دام يورد الأسباب المعقولة التى تبرر ذلك . ويستخلص من هذا أن القاضى لا يأخذ فى العبارة الواضحة بالإرادة الظاهرة إلا على أساس أن هذه الإرادة هى ذات الإرادة الباطنة . فإذا قام دليل على أن هناك تغايراً ما بين الإرادتين ، وجب عليه أن يأخذ بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة مع ذكر هذا الدليل فى أسباب الحكم .

ومن ذلك نرى أن التقنين المدنى الجديد — وقد نهج فى هذا نهج محكمة النقض كما قدمنا — لم يأخذ بالإرادة الظاهرة إلا مفترضاً أنها هى ذاتها الإرادة الباطنة . فالإرادة الظاهرة عنده هى الدليل على الإرادة الباطنة ، ولكنها دليل يقبل إثبات العكس، ومتى ثبت العكس فالعبرة بالإرادة الباطنة .

§ ٢ — عبارة العقد غير واضحة

٣٩٤ — البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين: تقول الفقرة الثانية من المادة ١٥٠ :

---

(١) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تأييداً لذلك ما يأتى : « لا ريب أن إرادة المتعاقدين هى مرجع ما يرتب التعاقد من آثار . بيد أن هذه الإرادة ، وهى ذاتية بطبيعتها ، لا يمكن استخلاصها إلا بوسيلة مادية أو موضوعية ، هى عبارة العقد ذاتها . فإذا كانت هذه العبارة واضحة ، لزم أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين المشتركة ، وليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة من طريق التفسير أو التأويل . تلك قاعدة يقتضى استقرار التعامل حرصاً بالغاً فى مراعاتها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ فقرة ١) .

« أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ » .

أما أنه لا يجوز الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ فواضح . وإذا كنا لا نقف عند هذا المعنى وعبارة العقد واضحة كما رأينا ، فأولى بنا ألا نقف عنده وعبارة العقد غير واضحة ، لا تنصرف إلى معنى واحد ظاهر ، بل تحتمل أكثر من معنى . وأما أن العبرة إنما تكون بالإرادة المشتركة للمتعاقدين ، لا بالإرادة الفردية لكل منهما ، فهذا واضح أيضاً ، لأن الإرادة المشتركة هى التى التقى عندها المتعاقدان ، فهى التى يؤخذ بها ، دون اعتداد بما لأى متعاقد منهما من إرادة فردية لم يتلاق معه المتعاقد الآخر فيها[1] .

ولكن أين نجد هذه الإرادة المشتركة ، أو النية المشتركة ؟ تشعبت الآراء فى ذلك . فمن الفقهاء من يرى أن هذه النية المشتركة التى تكون محلا للتفسير لا يمكن إلا أن تكون الإرادة الظاهرة التى توافق عليها طرفا العقد . ذلك أن التفسير لا يكون إلا فى العقد الصحيح كما قدمنا ، وما دام العقد صحيحاً فلا بد أن تكون الإرادة الظاهرة التى توافق عليها طرفا العقد مطابقة للارادة الباطنة ، وإلا لداخل العقد عيب من عيوب الإرادة ولما كان صحيحاً . فلا يجوز إذن أن يكون تفسير العقد وسيلة لتغليب الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ، وإنما يكون التفسير وسيلة لاستخلاص الإرادة الباطنة من الإرادة الظاهرة ، فالإرادة الظاهرة وحدها هى التى تكون محلا للتفسير على أساس أنها مطابقة للارادة الباطنة[2] . ويؤخذ على هذا الرأى أن يفترض عند تفسير العقد أن تكون الإرادة

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وإذا كانت عبارة العقد غير واضحة أو مبهمة بحيث تحتمل فى جزئياتها أو فى جملتها أكثر من معنى ، تعين الالتجاء إلى التفسير . والجوهرى فى هذا هو كشف الإرادة المشتركة للعاقدين ، لا الإرادة الفردية لكل منهما » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٦ — ص ٢٩٧) .

(٢) ويقول الدكتور محمود أبو عافية فى هذا المعنى ، بعد أن ينعى على الفقهين الفرنسى والمصرى الخلط بين صحة التصرفات القانونية وتفسيرها ، ما يأتى : « وهذا خطأ بين يجب استبعاده بفصل هاتين المسألتين إحداهما عن الأخرى للسبب السابق ذكره ، وهو أن تحديد أثر التصرف مسألة لا توضع إلا بعد =

الظاهرة مطابقة حتماً للارادة الباطنة . وهذا إن صح فى الـكثرة الغالبة من الأحوال ، إلا أنه يقع أحياناً أن يكون المتعاقدان قد قصدا أمراً اتفقا عليه ، ولـكن عبرا عنه تعبيراً غير دقيق ، فتنحرف هنا الإرادة الظاهرة المشتركة عن الإرادة الباطنة المشتركة ، ولا تكون فى هذا الفرض فى منطقة صحة العقد ، فالعقد صحيح والمتعاقدان متوافقان تمام التوافق على أمر واحد . وإنما نكون فى منطقة تفسير العقد ، مع ما بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من تغاير . والواجب فى هذه الحالة عدم الاعتداد بالإرادة الظاهرة ، فلا تكون هى محل التفسير ، بل يجب نبذها والبحث عن الإرادة الباطنة فى تفسير العقد ، ومن ثم يكون الرأى الذى يذهب إلى وجوب اعتبار الإرادة الظاهرة عند تفسير العقد مطابقة حتماللارادة الباطنة ، وجعل الإرادة الظاهرة على هذا الأساس هى دائماً محل التفسير ، رأياً فيه إطلاق يجدر تقييده . والصحيح أن يقال إن الإرادة الظاهرة هى التى تعبر فى العادة عن الإرادة الباطنة ، والمفروض عند تفسير العقد أن الإرادتين متحدتان ، فيكون الأصل أن الإرادة الظاهرة هى محل التفسير ، ما لم يقم الدليل على أن الإرادة الظاهرة لا تعبر تعبيراً دقيقاً عن الإرادة الباطنة ، وأن بين الإرادتين تغايراً ، فتكون العبرة فى هذه الحالة بالإرادة الباطنة لا بالإرادة الظاهرة ، وتكون الأولى لا الثانية هى محل التفسير .

ومن الفقهاء من يرى أن النية المشتركة للمتعاقدين تتمثل فى الإيجاب الموجه من الموجب

= التسليم بصحته ، وصحة التصرف تفترض بدورها اتفاق الإرادة المعلنة مع الإرادة الحقيقية ، فلا معنى إذن لإهمال الإرادة المعلنة بحجة الأخذ بالإرادة الحقيقية ، بل يجب التقيد بمضمون الإرادة المعلنة . .. يجب إذن فصل المنطقة التى يعمل فيها مبدأ اتفاق الإرادة المعلنة مع الإرادة الحقيقية كشرط لصحة التصرف عن منطقة المبدأ المتعلق بتحديد أثر التصرف . والنتيجة التى تترتب على ذلك هى أنه ما دام التعبير عن الإرادة صحيحاً فتفسيره لتحديد أثره لا يجوز أن يكون وسيلة لتغليب الإرادة الحقيقية على الإرادة المعلنة ، وإنما وسيلة لاستخلاص الإرادة الحقيقية من صيغة التعبير . ولا نزاع فى أن للقاضى عندئذ أن يصرف النظر عن المعنى الحرفى للألفاظ المستعملة ليهتم فقط بمعناها المقصود فى الحقيقة والذى يتبين من مجموع الظروف الخارجية التى لابست التعبير . ولـكن القاضى عندما يفعل ذلك لا يغفل التعبير عن الإرادة وإنما يفسره » (التصرف المجرد : نسخة عربية ص ٢٨٣ — ص ٢٨٤) .

انظر أيضاً فى تحديد منطقة كل من الغلط والتفسير ولـكن مع جعل الإرادة الباطنة أساساً لـكل منهما الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ١٨٦ .

إلى الطرف الآخر ، مفهوماً على النحو الذى أخذ به الطرف الآخر أو كان يستطيع أن يأخذ به[1] . فالإيجاب يصدر من الموجب ، ويتلقاه الطرف الآخر ، ويفهمه أو كان يستطيع أن يفهمه على نحو معين . فهذا الفهم الحاصل فعلا أو المستطاع تحصيله هو الذى نقف عنده لأنه هو القدر المتيقن الذى تلاقى عنده المتعاقدان. وعيب هذا الرأى أنه يفترض أن التعاقد يتم عن طريق تعبير تام نهائى يتلقاه من وجه إليه هذا التعبير . ولكن الذى يقع فى العمل غير ذلك . فالمتعاقدان يتفاوضان ، ويتساومان ، ويتبادلان تعبيرات غير نهائية ، ثم ينتهيان آخر الأمر إلى تعبير واحد يرتضيانه معاً ، ولسنا نعلم من منهما صاحبه ، فهو ثمرة مفاوضات دارت بينهما ، ولكل منهما نصيبه فيه .

ويذهب سالى (Saleilles) إلى أن الإرادة المشتركة للمتعاقدين هى هذه الإرادة القانونية التى يجمع القاضى عندها إرادة كل من المتعاقدين ، بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين ، دون أن يضحى إحداهما لمصلحة الأخرى . وظاهر أن هذا الرأى يستبدل بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين إرادة ليست لهما ، بل هى إرادة من صنع القاضى ، هو الذى يقوم بنسج خيوطها ثم يفرضها عليهما فرضاً[2] .

ونحن نؤثر ألا ننحاز لرأى من هذه الآراء ، وأن نستبقى للمسألة بساطتها الأولى . فنقول إن الأمر لا يعدو أن يكون هناك مظهر خارجى للتعبير عن إرادة مشتركة للمتعاقدين ، أى إرادة ظاهرة المفروض فيها أنها تكشف عن إرادة باطنة . فإذا لم يقم دليل على غير ذلك ، وجب أن نستخلص الإرادة الحقيقية للمتعاقدين — وهى النية المشتركة التى نبحث عنها — من هذه الإرادة الظاهرة عن طريق معايير نستهدى بها ، هى التى نتولى الآن الكلام فيها .

---

(١) انظر فى هذا المعنى الدكتور الشيتى فى رسالته فى « تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد » ص ٥٨ .

(٢) سالى : فى الالتزامات فى القانون الألمانى (المادة ١٥٧ ص ٢٢٨ وما بعدها) — وانظر انتقاد الدكتور الشيتى لرأى سالى فى رسالته فى « تكوين العقد وتفسيره فى القانون المصرى الجديد » ص ٥٥ حاشية رقم ٢٣ .

٣٩٥ — العوامل التي يستهدى بها القاضي للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين : ويستهدى القاضي للكشف عن هذه النية المشتركة بعوامل مختلفة ذكر التقنين الجديد بعضاً منها لأهميته . فهو يستهدى « بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات » (م ١٥٠ فقرة ٢) . وغني عن البيان أن التقنين الجديد لم يذكر ما ذكر من هذه العوامل على سبيل الحصر . فإلى جانب ما ذكر توجد عوامل أخرى لم يذكرها ويصح أن يستهدى بها القاضي .

ويمكن بوجه عام أن نميز بين عوامل يفسر بها القاضي عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ونسميها بالعوامل الداخلية ، وأخرى يفسر بها العقد وهي خارجية عنه ونسميها بالعوامل الخارجية . والكثرة الغالبة من هذه العوامل هي عوامل موضوعية لاعوامل ذاتية ، يطمئن إليها القاضي في تفسير العقد التماساً لاستقرار التعامل . إذ هو يستدل على النية المشتركة للمتعاقدين — وهذه مسألة نفسية خفية — بعوامل مادية ظاهرة . ونتكلم في كل من العوامل الداخلية والعوامل الخارجية .

٣٩٦ — العوامل الداخلية في تفسير العقد : ذكر القانون منهـــا طبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، ونضيف إلى هذين قواعد أخرى يستأنس بها القاضي في تفسير العقد بالرجوع إلى العقد ذاته ، ذكرها التقنين المدني الفرنسي لا على سبيل الإلزام بل على سبيل الإرشاد . من ذلك ما إذا تحملت العبارة أكثر من معنى واحد ، فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً (م ١١٥٧ مدني فرنسي) . ومن ذلك أيضاً أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً (م ١١٦١ مدني فرنسي) . ومن ذلك أخيراً أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (م ١١٦٤ مدني فرنسي) . ونقول كلمة موجزة في كل من هذه العوامل .

فالعقد يفسر بحسب طبيعة التعامل ، أي بحسب طبيعة العقد وموضوعه . فإذا احتملت العبارة معاني مختلفة ، اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد أو نوع المشارطة . إذ المعقول أن المتعاقدين قصدا أن يتركا العقد محكوماً بالقواعد التي تقتضيهـــا طبيعته ما لم

يصرحا بخلاف ذلك . فإذا اشترط المعير فى عارية الاستعمال أن يرد المستعير الشيء أو مثله ، فلا يفسر ذلك على أن المتعاقدين أرادا عارية استهلاك ، بل قصد المعير أن يلزم المستعير فى حالة هلاك الشيء برد مثله لا بأن يدفع تعويضاً[1] . وإذا كانت العبارة عامة ، فإنها تحدد بالرجوع إلى الموضوع الذى تم التعاقد عليه . إذ المعقول أن المتعاقدين لا يريدان أن يخرجا عن هذا الموضوع إلا إذا كانت عبارتهما صريحة فى مجاوزته . فإذا تخارج أحد الورثة عن نصيبه فى الميراث ، فسر ذلك بأنه يتنازل عن جميع حقوقه فى التركة التى يتخارج فيها حتى لو كان بعض هذه الحقوق مجهولا منه ، ولكن لا يشمل التخارج حقوقاً موروثة من تركة أخرى[2] .

ويستهدى القاضى بما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين[3] . والأمانة (loyauté) واجب على المتعاقد ، والثقة (confiance) حق له . وبيان ذلك أن من وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة فى التعامل . فإذا كان هناك خطأ فى التعبير أو لبس ، واستطاع أن يتبين ذلك أو كان يستطيع أن يتبينه ، فالأمانة فى التعامل تقضى عليه ألا يستغل ما وقع من إبهام فى التعبير ، ما دام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه . ويقابل هذا الواجب حق . فلمن وجه إليه الإيجاب أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها ، وأن يعتبر هذا المعنى الظاهر هو المعنى الذى قصد إليه الموجب .

---

(١) أنظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٩٢ — نقض فرنسى فى ١١ نوفبر سنة ١٩٠١ داللوز ١٩٠٣ — ١ — ٢١٣ .

(٢) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٤ .

(٣) [قضت محكمة النقض بأنه إذا لم تبلغ عبارات العقد من الوضوح الحد الذى يدعو إلى عدم الانحراف عنها تعين عند تفسيره البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات (المادة ١٥٠/٢ مدنى) . وينبنى على ذلك أنه متى أولت هيئة التحكيم عبارات عقد الصلح المبرم بين الطرفين بأنها تنطوى على إقرار من الشركة صاحبة العمل بحق المستخدمين والعمال فى المنحة على أن يكون تقديرها مرتبطاً بحالة الشركة المالية وبنت على ذلك تقديرها للمنحة فإنها لا تكون قد خالفت عبارات العقد أو انحرفت عن مدلول عباراته : نقض مدنى فى ١٩٦٢/١/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١ ص ١٣] .

وهذه هى الثقة المشروعة ، وتنطوى على معنى الأخذ بالإرادة الظاهرة فى تفسير العقد .

وإذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد ، وكان أحد هذه المعانى هو الذى ينتج أثراً قانونياً ، حملت العبارة على هذا المعنى ، إذ إعمال الكلام خير من إهماله . فإذا سلم شخص لآخر أرضاً مملوكة له فى مقابل دين ، واشترط الدائن أن يستولى على ريع الأرض فى نظير الفوائد وألا يرد الأرض إلى صاحبها إلا عند سداد الدين ، فإذا فسر هذا العقد بأنه غاروقة — إذ هو يجمع خصائصها — فإنه لا ينتج أثراً قانونياً ، لأن الغاروقة قد ألغيت بإلغاء الأراضى الخراجية . فيفسر على أنه رهن حيازة ، ولا يسمح للدائن أن يستولى على ما يزيد عن الحد الأقصى الذى يجوز الاتفاق عليه فى الفوائد[1] .

وعبارات العقد يفسر بعضها بعضاً . فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات ، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل هو العقد . فقد تكون هناك عبارة سابقة مطلقة ، وتحددها عبارة سابقة أو لاحقة وقد تقرر العبارة أصلا يرد عليه استثناء يذكر قبلها أو بعدها . وقد تكون العبارة مبهمة ، وتفسرها عبارة وردت فى موضع آخر . فاذا باع شخص مفروشات منزله ، ثم عين هذه المفروشات فى مكان آخر من العقد ، فإن خصوص العبارة الثانية يحدد من عموم العبارة الأولى ، إذ الخاص يقيد العام . ولا يدخل فى المبيع ما لم يذكر فى المفروشات المعينة ، حتى لو كان داخلا ضمن مفروشات المنزل . وإذا قام التناقض بين عبارتين ، اجتهد القاضى فى التوفيق بينهما . فلو أمكنه إعمال العبارتين معاً فعل ، وإلا اجتهد فى إعمالها إلى أقصى حد دون إرهاق للفظ أو قسر له على غير معناه . فإذا كان التناقض يستعصى معه الجمع بين العبارتين على أية صورة ، اختار العبارة التى يظهر له أن المتعاقدين كانا يريدانها دون الأخرى[2] .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى المادة ١١٠٥ من التقنين المدنى الجديد . وانظر فى أمثلة أخرى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٣ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة — فى دعوى طلب إثبات صحة تعاقد دفعها المدعى عليه بأن الاتفاق الذى تم بينه وبين المدعى على البيع قد عدل عنه وزال أثره — قد بسطت الوقائع كما استخلصها من الأوراق ، ثم حصلت من المكاتبات التى تبودلت بين محامى الطرفين أن المدعى أنكر التعاقد منذ حصوله ، مستعينة على ذلك بإيراد ألفاظ وعبارات من تلك المكاتبات مؤدية إلى ما حصلته ، =

وتخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم . فإذا باع شخص أرضاً زراعية ، وكان من توابعها مواش خصت بالذكر فى عقد البيع ، فليس هذا معناه أن المواشى وحدها هى التى تدخل ضمن الشىء المبيع ، فكل التوابع الأخرى من آلات زراعية ومخازن ومبان ونحو ذلك يدخل أيضاً ، أما تخصيص المواشى بالذكر فقد يكون لأن المتعاقدين خشيا أن يقوم شك فى أن المبيع يشملها فصرحا بذلك حسماً للنزاع ، أو لأنهما يعلقان أهمية خاصة على هذه المواشى فأفرداها بالذكر . ونرى من ذلك أن هذه القاعدة نقيض للقاعدة السابقة التى تقضى بأن الخاص يقيد العام . فقواعد التفسير قد تتضارب ، وعلى القاضى أن يختار القاعدة الملائمة لتفسير العقد الذى يدعى لتفسيره .

٣٩٧ — العوامل الخارجية فى تفسير العقد : ذكر القانون منهـا العرف الجارى فى المعاملات ، ونضيف إليه الطريقة التى ينفذ بها العقد .

= فلا عليها إذا كانت لم تقف عندما ورد فى مكاتبة منها على لسان محامى المدعى عليه مفيداً أن موكله يرى أن المدعى لا ينكر البيع وإنما ينازع فى تفصيلاته فقط ، إذ المحكمة حين تفسر المحررات إنما تفسرها كما تفهمها هى ، وهى إذ تعالج تفسير محررات متبادلة مترابطة إنما تعتبرها بما تفيده فى جملتها لا بما تفيده عبارة معينة من عباراتها (نقض مدنى فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٠ ص ٤٦٩) - أنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٣٥ . [وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استظهرت من وجود ورقة محاسبة لاحقة أن السند المحرر بين الطرفين لم يكن إلا ورقة موقوتة استنفدت الغرض منها ، مستندة فى ذلك إلى تفسير عبارات ورقة المحاسبة وما قصد من تحريرها تفسيراً مستمداً من ظاهرها ومن ظروف الدعوى والقرائن التى ساقتها المحكمة فإن النعى على الحكم بالمسخ أو التناقض يكون نعياً لا سند له (نقض ١٤/٦/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٦٤ ص ٤٠٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشترى عند ما قبل عطاء البائع نظر إلى نوع الصابون ورتبته وزنة كل قطعة منه أكثر مما نظر إلى العينة المقدمة من البائع ، ويؤيد ذلك ما يبين من كتابه بقبول العطاء من أنه اهتم بذكر هذه المواصفات دون أن يذكر شيئاً عن العينة ، فإن البيع لا يكون بيعاً بالعينة حتى يكون البائع مسئولا عن مطابقة الصـابون المورد للعينـة فى كل شىء ، وإنه بحسبه أنه ورد صـابوناً يتفق مع المواصفات الآنف ذكرها (نقض مدنى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١ ص ١) . وقضت محكمة النقض أيضـاً بأنه إذا كان الحكم لم يجار المستأجر فى وجوب التوسع فى تفسير عبارة « إصلاح حالة الرى » المتفق عليها وجعلها شاملة لكافة وجوه الإصلاح ومنها إحياء الموات بالعين المؤجرة لمخالفة ذلك لعبارات الاتفاق الصريحة المحددة ، فلا مخالفة فى ذلك لقواعد التفسير (نقض مدنى ٧ يونيه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٤ ص ٦٧٢)] .

فالعقد يفسر طبقاً لما يقتضيه العرف الجارى فى التعامل . إذ المعقول فى المسائل التى توطد فيها عرف أن يفرض فى المتعـــاقدين أنهما عالمان به وقد ارتضياه ، وإلا لصرحا بمخالفته . فإذا كانت عبارات العقد مبهمـــة وجب تفسيرها فى ضوء هذا العرف . وقد قضت محكمة النقض بأن القاضى يفسر العقد مع مراعاة ما يقتضيه نوع المشارطة والعرف الجارى ، فله أن يقضى بأن إنشاء بلـكون من حديد مفرغ فى طبقة ثانية من منزل لا يعتبر بناء معطلا لحق ارتفاق الجار المرتفق بالمطل والنور والهواء(١) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العرف يقضى بأن يكون أجر السمسار ٢ر٥٪ من قيمة الصفقة(٢) . والعرف يكون عاماً(٣) ، لـكن إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص تغلب العرف الخاص(٤) . ويجب أن يكون العرف مستقراً(٥) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العادة التى تقضى بأن يكون نزح البئر فى جهة رمل الاسكندرية على المستأجر ليست عادة مستقرة فلا يحكم بها(٦) . ويجب أن يكون العرف غير مخالف لا للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب(٧) . ولا يطبق العرف ، كما تقول محكمة النقض(٨) ، إلا عنـد ما تستغلق نصوص القانون أو يسكت المتعاقدون عن تنظيم فى ناحية مما تعاقدوا عليه أو ينظمونه فى غموض(٩) . وهناك

---

(١) نقض مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٦٥ ص ١٣٧ .

(٢) ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٠٩ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٦٢ .

(٤) مسينا جزء ١ فقرة ٦١ .

(٥) استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٤ .

(٦) ٢٠ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٠ .

(٧) استئناف مختلط فى ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٦١ .

(٨) نقض مدنى فى ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٧ ص ١٤١ .

(٩) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحـكم المطعون فيـه قـد انتهى إلى أن اتفاقاً قد تم بين الطرفين على دفع الثمن جميعه فى ميعاد معين فإنه لا محل للرجوع إلى العرف لمعرفة ميعاد دفع الثمن وطريقة دفعه (نقض مدنى ٣ مايو ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٨٦ ص ٥٧١)] .

مسائل يجرى فيها العرف مجرى القانون ، كما فى المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجارى ونحو ذلك ، ففى هذه المسائل يرجع القاضى إلى العرف لا لتفسير نية المتعاقدين فحسب ، بل أيضاً لتكملة العقد ذاته وتحديد نطاقه كما سنرى . ويلاحظ أن العرف عندما يكون عاملا من عوامل تفسير العقد غير العرف عندما يكون مصدراً من مصادر القانون ، فإن القاضى إذا خالف العرف فى الحالة الأولى لم يكن حكمه عرضة للنقض ، أما العرف فى الحالة الثانية فهو قانون إذا خالفه القاضى نقض حكمه .

وقد تتضح إرادة المتعاقدين من الطريقة التى ينفذان بها العقد . فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن ، فسرت إرادتهما المشتركة فى ضوء طريقة التنفيذ التى تراضيا عليها . مثل ذلك أن يغفل عقد الإيجار ذكر مكان دفع الأجرة ، وتقضى القواعد العامة فى هذه الحالة بأن الأجرة تدفع فى محل المستأجر ، ولكن المستأجر يعتاد مدة كافية من الزمن أن يدفع الأجرة فى محل المؤجر ، فيحمل ذلك على أن المتعاقدين أرادا أن تدفع الأجرة فى هذا المحل (١) .

---

(١) أنظر فى القضاء المصرى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٢٨ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد استخلص النية المشتركة للمتعاقدين من مدلول عبارة العقد وطريقة تنفيذه ، فإن النعى عليه بالخطأ يكون على غير أساس : نقض مدنى ١٩ مارس ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٤ ص ٦٨٧] .

[كما قضت بأنه متى رأت محكمة الموضوع فى سبيل الوصول إلى حقيقة ما انعقدت عليه إرادة الطرفين بشأن تحديد ثمن المبيع — أن تحدد ثمن الصفقة بمجموع ما دفعه المشترى سواء عند تحرير العقد الابتدائى أو بعد ذلك وبما بقى من الثمن عند تحرير العقد النهائى ، وحصلت من ذلك الثمن الذى اتفق عليه الطرفان بعد تحرير العقد الابتدائى ، وكان هذا الاستخلاص مستمداً من عناصر ثابتة بأوراق الدعوى فإن النعى على الحكم بتشويه الوقائع أو مخالفة الثابت بالأوراق يكون فى غير محله : نقض مدنى ١٠ مايو ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٥ ص ٦٢٩] .

هذا وقد تتضح إرادة المتعاقدين عن طريق أى عامل آخر خارجى عن العقد . مثل ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا كانت المحكمة ، حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع خلافاً لظاهره قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت منصرفة إلى القرض لا إلى البيع ، مستخلصة هذه النية من ورقة الضد التى عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذى أجرته فى الدعوى، والقرائن الأخرى التى أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن فى حكمها ، فيتعين رفض هذا الطعن (نقض مدنى فى ٣ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر جزء ٥ رقم ١٨٠ ص ٣٩٠) .

=

٣٩٨ — بأية إرادة يؤخذ فى تفسير العقد : ويخلص مما قدمناه أن القاضى فى تفسير العقد الغامض يأخذ بالنية المشتركة للمتعاقدين ، ويستخلصها عن طريق معايير موضوعية تمكنه من الكشف عنها . فلا هو يأخذ بالإرادة الظاهرة المحضة ، ولا هو يأخذ بالإرادة الباطنة المحضة وإنما يأخذ بالإرادة الباطنة التى يستطيع التعرف عليها (volonté reconnaissable) (1) .

ونرى من ذلك أن التقنين الجديد ، فى حالتى العقد الواضح والعقد الغامض ، لا يعتد

= [ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض أيضاً من أن استخلاص محكمة الموضوع أن صفة الشركة الحقيقية هى أنها بائعة للصفقة وليست وسيطة ، هو تحصيل سائغ أسندته المحكمة إلى اعتبارات مقبولة (فتح الحساب باسم الشركة واستخراجها إذن الاستيراد باسمها وتحرير سند الشحن باسمها أيضاً ... الخ) . ومن ثم فلا محل للنعى على الحكم بالانحراف فى التفسير أو الخروج على قواعده : نقض مدنى ١٩ مايو ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٦٣ ص ٤٠٦] .

[ومن أمثلة ذلك أيضاً ما قضت به محكمة النقض من أن لمحكمة الموضوع السلطة فى تعرف حقيقة العقد المتنازع عليه واستظهار مدلوله مما تضمنته عباراته على ضوء الظروف التى أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع التعاقد ذاته . فإذا كان يبين من الحكم أن محكمة الموضوع وهى بصدد الفصل فى الخصومة التى قامت بين الطرفين حول ما إذا كانت الهبة قد صدرت من الواهب للطاعنين بصفتهما الشخصية أو باعتبارهما نائبين عن أهالى بلدة معينة لبناء مدرسة بها ، قد رجعت — بجانب ما تضمنه العقدان الابتدائى والنهائى من عبارات — إلى ظروف التعاقد وملابساته — واستخلصت من ذلك أن فكرة إنشاء المدرسة قد نبتت لدى الأهالى وأن تشييدها كان تنفيذاً لهذه الفكرة وأن الهبة قد صدرت من الواهب تنفيذاً لهذا الغرض ، وكان هذا الرأى الذى استخلصته محكمة الموضوع سائغاً لا يجافى المنطق ولا يناقض الثابت بالأوراق ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون : نقض مدنى ١٩٦٢/٥/٢٤ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٣ ص ٦٩٣ .

واستخلاص نية المتعاقدين من واقع الدعوى ، مسألة واقع لا رقابة فيها لمحكمة النقض : نقض مدنى أول مايو ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥١ ص ١٠١٦ — و ٦ يناير ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٥٤ ص ٤٤٣ — و ٤ أبريل ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ رقم ٣٤ ص٣٥٣ — و ١٣ يونية ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ رقم ٦٤ ص٥٧٦ — و ٩ يناير ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥ ص ٦٢ — و ٢٠ مارس ١٩٥٨ — مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٩ ص٢٢٣ — و ٢٥ ديسمبر ١٩٥٨ — مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ١٠٦ ص ٨٠٨ — و ١٩ مايو ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ رقم ٦٣ ص ٤٠٦] .

(1) وهذا يقرب من النظرية الألمانية المعروفة بنظرية الثقة (Vertauenstheorie) التى أشار إليها الدكتور الشيتى فى رسالته « فى تكوين العقد وفى تفسيره فى القانون المصرى الجديد » ص ٥١ — ص ٥٣ . وقد أسلفنا الإشارة إلى ذلك .

بالإرادة الظاهرة إلا على اعتبار أنها دليل على الإرادة الباطنة . وهو على كل حال دليل يقبل إثبات العكس .

§ ٣ — قيام الشك فى التعرف على إرادة المتعاقدين

٣٩٨ — *يفسر الشك فى مصلحة المدين — مبررات هذه القاعدة* : وضع القانون نصاً صريحاً فى هذه الحالة — الفقرة الأولى من المادة ١٥١ — يقضى بأن يفسر الشك فى مصلحة المدين . فإذا قام شك فى مدى التزام المدين بعقد ، فسر هذا الشك فى مصلحته ، وأخذ بالتفسير الأضيق فى تحديد هذا المدى ، ويبرر هذه القاعدة الاعتبارات الآتية :

(أولا) إذا كنا نأخذ بالتفسير الأضيق فى تحديد مدى التزام المدين ، فذلك لأن الأصل براءة الذمة ، والالتزام هو الاستثناء ، والاستثناء لا يتوسع فيه . هذا إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضيق مدى تتحمله عبارات العقد ، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن وإرادة المدين إلا فى حدود هذا المدى الضيق .

(ثانياً) ثم إن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام ، فإذا كان هناك شك فى الالتزام من حيث مداه ، وأراد الدائن الأخذ بمدى واسع ، كان عاجزاً عن إثبات ذلك ، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذى قام عليه الدليل . فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة فى الإثبات لا قاعدة فى التفسير[1] .

(ثالثاً) ويقال أيضاً فى تبرير القاعدة إن الالتزام يمليه الدائن لا المدين . فإذا أملاه مبهماً يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه ، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين ، إذ كان

---

(١) وتشير المذكرة الإيضاحية إلى هذا الاعتبار فيما يأتى : « إذا عرض ما يدعو إلى تفسير العقد ، وبقى الشك يكتنف إرادة المتعاقدين المشتركة رغم إعمال أحكام التفسير التى تقدمت الإشارة إليها ، فسر هذا الشك فى مصلحة المدين دون الدائن . تلك قاعدة أساسية أخذت بها أغلب التقنينات ، وهى ترد إلى أن الأصل فى الذمة البراءة ، وعلى الدائن أن يقيم الدليل على وجود دينه باعتبار أنه يدعى ما يخالف هذا الأصل ، فإذا بقى شك لم يوفق الدائن إلى إزالته فمن حق المدين أن يفيد منه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٩) .

فى مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحاً لا يحول الشك فيه . ومزية هـذا الاعتبار أنه يفسر لم نص القانون على أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن حتى لو كان دائناً . فإن عقد الإذعان يمليه الطرف القوى على الطرف المذعن فى جميع مشتملاته ، فتكون التزامات هذا الطرف القوى هى أيضاً من إملائه ، فتفسر هذه الالتزامات لا لمصلحته بل لمصلحة الطرف المذعن وهو هنا الدائن .

٣٩٩ — *نطاق تطبيق القاعدة* : وللقاعدة المتقدمة نطاق محدد تطبق فيه ، ويرد عليها فى حدود هذا النطاق استثناء معين .

أما نطاقها فهو أن يكون هناك شك فى التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين : مجرد شك ، بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل ، ولا ترجيح لوجه على وجه . أما إذا استحال التفسير ، ولم يستطع القاضى أن يتبين ولو وجهاً واحداً لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فيه ، فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عندها ، بل أراد كل منهما شيئاً لم يرده الآخر ، فلم ينعقد العقد . ولا بد، من جهة أخرى ، أن يكون الشك مما يتعذر جلاؤه . فإذا أمكن القاضى أن يكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين — مهما كان هذا عسيراً — واستطاع أن يزيح عنها الشك ، وجب عليه تفسير العقد بمقتضى هذه النية المشتركة ، ولو كان التفسير فى غير مصلحة المدين[1]

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاشتباه فى الغرض المقصود من المشارطة الذى يجب معه تفسير المشارطة بما فيه الفائدة للمتعهد هو الاشتباه الذى يقوم فى نفس القاضى لخلو الدعوى من دليـل مقنع . فإذا كان المستفاد من الحـكم أن المحـكمة قد استخلصت فى اقتناع تام من أدلة الدعوى المرفوعة على المشترى بمطالبته بثمن القطن المبيع له أنه تسلم المبيع ، ثم قضت بإلزامه بالثمن ، فإن حكمها يكون سليما ولا غبار عليه (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨) .

[كذلك إذا تعارضت قاعدة تفسير الشك فى مصلحة المدين مع قاعدة تفسير شرط الإعفاء من المسئولية تفسيراً ضيقاً ، قدمت القاعدة الثانية على القاعدة الأولى . ويترتب على ذلك أن ما تشترطه مصلحة السكك الحديدية من عدم مسئوليتها عن سرقة البضائع لا يتوسع فى تفسيره ، ومن ثم لا يمتد عدم المسئولية إلى ما يقترفه عمال المصلحة من سرقات أو إلى السرقات التى تكون نتيجة إهمال العمال (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٠ — ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١ — حسين عامر فى القفرة الملزمة للعقد فقرة ١٧٥] .

أما الاستثناء الذى يرد على القاعدة فهو ما ورد فى الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من أنه « لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » . فيجب إذن أن يكون التفسير لمصلحته دائماً ، ولو كان دائناً ، على خلاف القاعدة التى نحن بصددها من أن التفسير عند الشك لا يكون لمصلحة المتعاقد إلا إذا كان مديناً . وقد مر بيان ذلك عند الكلام فى عقود الإذعان[1] .

٤٠٠ — **تطبيقات القاعدة** : فإذا وجد القاضى نفسه فى نطاق تطبيق القاعد طبقها . وفسر العقد الملزم لجانب واحد لمصلحة الجانب الملتزم . وفسر العقد الملزم للجانبين لمصلحة أى من المتعاقدين يكون مديناً فى الالتزام الذى يفسره ، فيكون التفسير تارة لمصلحة أحد المتعاقدين وطوراً لمصلحة الآخر .

فإذا كان هناك شك فى وجوب إعذار المدين ، فسر هذا الشك فى مصلحته ووجب الإعذار[2] . وإذا قام شك فيما إذا كان الشرط الجزائى مستحقاً فى حالة التأخر عن التنفيذ أو هو غير مستحق إلا فى حالة عدم التنفيذ ، كان الشرط غير مستحق إلا فى حالة عدم التنفيذ[3] . وإذا كان المدين ملتزماً بإنشاء طرق معينة دون تحديد لكيفية إنشاء هذه الطرق ومن يلتزم بصيانتها ، كان للمدين أن يتبع ما هو أيسر عليه وأخف مؤونة[4] . وإذا اشترطت العمولة ، عند تمام كل صفقة ولم يذكر متى تدفع ، كان الدفع عند تنفيذ الصفقة لا عند عقدها[5] .

---

(١) انظر آنفاً فقرة ١١٨ — ومما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وينبغى كذلك تفسير ما يغمض من الشروط فيها على وجه لا يضر بالمذعن ، دائناً كان أو مديناً ، إذ ليس له ، على كلا الحالين ، يد فى هذا الغموض » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧١) .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٤٢ — وفى ١١ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٠ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٩ .

(٥) محكمة اسكندرية الكلية التجارية المختلطة فى ١٣ فبراير سنة ١٩٢٢ جازيت ١٢ رقم ٢٨٧ ص ١٦٥ — انظر أيضاً استئناف مصر الوطنية فى ٢٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢٥ =

المطلب الثانى

تحديد نطاق العقد

٤٠١ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٤٨ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى:

« ١ — يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية » .

« ٢ — ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته ، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام »[1] .

= ص ٧٣ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢١ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٢٦ ص ٢٦٧ — استئناف مختلط فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ — وفى ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — وفى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ — وفى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٤ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٣ — وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٥٩ — وفى ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٩ — وفى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٠٠ — وفى ١١ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ — أنظر أيضاً نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٤٠ ص ٩٤٨ .

(١) تاريخ النص : نقتصر على الفقرة الثانية من هذا النص وهى التى تعنينا هنا ، مرجئين الفقرة الأولى إلى المطلب الثالث عند الكلام فى إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد . وقد ورد النص فى المادة ٢١٤ فقرة ٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام ، وفقاً للعدالة والعرف والقانون » . وفى لجنة المراجعة عدلت العبارة الأخيرة من النص على النحو الآتى : « وفقاً للقانون والعرف والعدالة » ، وأصبح رقم المادة ١٥٢ فقرة ٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص كما هو فى المشروع النهائى . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على النص بأنه يعطى للقاضى سلطة خطرة إذ يمكنه أن يزيد فى التزامات المتعاقدين وفى ذلك إهدار لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، ولما كانت المادة ١٥٤ تتكلم عن تفسير العقود فيمكن الاستغناء بها عن المادة ١٥٢ لأن الالتزام بالعرف والعادة ونية الطرفين يكون فى تفسير العقود وليس فى تنفيذها . وبعد مناقشة استعيض عن عبارة « ولكن يلزمه أيضاً بما تقتضيه طبيعة الالتزام » بعبارة « ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته » وأضيفت عبارة « بحسب طبيعة الالتزام » فى آخر الفقرة ، وقالت اللجنة فى تقريرها إن التعديل يجعل الحكم أوضح دون أن يمس جوهره . وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة ٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٧ — ص ٢٩٠) . =

وهذا النص يبين فى الفقرة الأولى منه كيف ينفذ العقد ، وفى الفقرة الثانية كيف يحدد نطاقه .

٤٠٢ — *التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه* : وهناك مسائل ثلاث يجب تمييزها بعضها عن بعض : تفسير العقد وتحديد نطاقه وكيفية تنفيذه . وأول مسألة تعرض من هذه المسائل الثلاث هى تفسير العقد . فإذا فرغ القاضى من التفسير واستخلص النية المشتركة للمتعاقدين ، انتقل إلى تحديد نطاق العقد . فلا يقتصر فى هذا التحديد على ما ورد فى العقد وفقاً للنية المشتركة للمتعاقدين ، بل يجاوز ذلك إلى ما هو من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام[1] . ثم ينتقل القاضى ، بعد تفسير العقد وتحديد نطاقه ، إلى المسألة الثالثة وهى تنفيذ العقد . فيلزم المتعاقدين بتنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه — والمشتملات يعرفها القاضى عن طريق التفسير وتحديد النطاق — ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١٤٨ فقرة أولى)[2] .

= ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين السورى م ١٤٩/٢ (مطابق) — التقنين الليبى م ١٤٨/٢ (مطابق) — التقنين العراقى م ١٥٠/٢ (مطابق) — التقنين اللبنانى م ٣٧٠ — ٣٧١ (موافق) .

(١) [بيدان جـ ٨ بند ٣٠١] .

(٢) التمييز بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وتنفيذه يعين على رفع اللبس فى مسائل تبقى مضطربة دون هذا التمييز . ففى تفسير العقد نعنى بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين . وفى تحديد نطاق العقد نضيف إلى هذه النية المشتركة ما لم تتناوله فى الواقع ولكنه من مستلزماتها . وفى تنفيذ العقد نجعل هذه النية بعد أن نضيف إليها مستلزماتها هى شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون ، ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية . ونرى هذا التمييز واضحاً فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، وإن ذهبت هذه المذكرة إلى أنه يبدأ بتحديد نطاق العقد ثم يعرض بعد ذلك أمر التفسير ، على أن هذا الترتيب العكسى لم يخلط ما بين المسألتين بل أبقى كلا منهما فى الحدود المرسومة لها . وهذا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الشأن : « ومما هو جدير بالذكر أن الفقرة الثانية من المادة ٢١٤ (م ١٤٨ جديد) تنص على طبيعة الالتزام فى معرض تحديد مضمون العقد ، وتنص ... على العرف الجارى فى شرف التعامل بصدد كيفية تنفيذه . والواقع أن التفرقة من هذا الوجه بين تحديد مضمون العقد وتفسيره وكيفية تنفيذه جد دقيقة . ذلك أنه يبدأ بتحديد مضمون العقد ، وقد يستتبع ذلك استكمال مالم يصرح به فيه . ثم يعرض أمر تفسير هذا المضمون وهو يقتصر على شقه الثابت بالعبارة دونما يستكمل منه طريق الدلالة . فاذا تم المتعاقدين =

وقد فرغنا من الـكلام فى تفسير العقد ، فننتقل الآن إلى الـكلام فى تحديد نطاقه .

٤٠٣ — العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تحديد نطاق العقد : لا يقتصر القاضى ، كما قدمنا . فى تحديد نطاق العقد على ما اتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين ، بل يضيف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزمات العقد . وقد ذكر القانون ، لا على سبيل الحصر ، أهم العوامل التى يسترشد بها القاضى فى تحديد هذه المستلزمات ، ومن ثم فى تحديد نطاق العقد . وهذه هى : (١) طبيعة الالتزام . (٢) القانون فى أحكامه التكميلية والمفسرة . (٣) العرف ويضاف إليه الشروط المألوفة (clauses de style) (٤) العدالة .

٤٠٤ — طبيعة الالتزام : وطبيعة الالتزام (nature de l'obligation) تملى على القاضى أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقاً للقانون والعرف والعدالة[1] . فمن باع عيناً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمالها طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء (م ٤٣٢ مدنى) ومن باع حقاً يعتبر أنه قد باع بالإضافة إليه ما يكفله ويؤيده ، كرهن وكفالة أو دعوى ضمان . ومن باع سيارة يعتبر أنه قد باع معها جميع الأدوات الإضافية (accessoires) التى لا غنى عنها فى تسييرها . ومن باع متجراً وجب عليه أن يسلم للمشترى السجلات التى تبين ما على المتجر من ديون

= تحديد مضمون العقد وتفسيره عمداً إلى تنفيذه وفقاً لما يفرضه حسن النية وما يقتضى العرف فى شرف التعامل (أنظر م ٢٢١ من التقنين اللبنانى) . وإذا كان التفريق بين هذه المراحل الثلاث ميسوراً من الناحية المنطقية البحتة ، فمن البين أنها تختلط فى الواقع ببعضها ، ويتجلى ذلك بوجه خاص فيما يتعلق بتحديد مضمون العقد وتفسيره » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٧) .

(١) وقد رأينا أن نص المشروعين التمهيدى والنهائى واضح فى أن طبيعة الالتزام تتحدد وفقاً للقانون والعرف والعدالة . وغمض هذا المعنى بعد التعديل الذى أدخلته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، على أن اللجنة تقول فى تقريرها إنها قصدت من التعديل أن تجعل الحكم أوضح دون أن تمس جوهره . وليس ثمة كبير أهمية لهذه التحويرات ، فطبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة كلها عوامل تساهم فى تحديد نطاق العقد . وعلى هذا الوجه جرينا فى شرح النص .

وماله من حقوق وما يتصل به من عملاء ونحو ذلك[1] .

٤٠٥ — **القوانين التكميلية والمفسرة:** والقوانين التكميلية والمفسرة (lois supplétives, interprétatives) تعين القاضي إلى حد كبير على استكمال نطاق العقد . ذلك أنه يصعب في كثير من الأحوال أن ينظم المتعاقدان العلاقة فيما بينهما في جميع تفصيلاتها فهما في الغالب يتركان بعض التفصيلات ، إما لأنهما لم يتوقعاها ، وإما اعتماداً على أحكام القانون[2] وهنا تأتي الأحكام القانونية المفسرة تكمل العقد . مثل ذلك أن يتعاقد شخصان على بيع ، فيعينا المبيع والثمن ، وقد يغفلان بعض التفصيلات كتعيين ميعاد تسليم المبيع ومكانه وميعاد الوفاء بالثمن ومكانه وما يلتزم به البائع من ضمان تعرض واستحقاق وعيوب خفية وما إلى ذلك . كل هذه التفصيلات بين القانون أحكامها في نصوص عقد البيع ، وجعل هذه الأحكام أحكاماً تكميلية تحدد نطاق العقد إذا كان المتعاقدان لم يتوقعا ما يعرض منها ، وأحكاماً تفسيرية

---

(١) أنظر الدكتور حلمي بهجت بدوي فقرة ٢٨٤ ص ٤٠٠ — ويقول الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه في وسيطهم إن القضاء الفرنسي يضيف إلى نطاق العقد التزامات ثلاثة يستخلصها من طبيعة العقد. الالتزام الأول هو العمل بحسن نية (agir de bonne foi) ، وظاهر أن هذا الالتزام يتصل بتنفيذ العقد لا بتحديد نطاقه . والالتزام الثاني هو التزام الضمان (oblig. de garantie) ، وقد نظم القانون التزام الضمان هذا في بعض العقود كالبيع والإيجار ، ولكنه التزام قائم في كل العقود التي تقتضي طبيعتها ذلك . والالتزام الثالث هو ضمان السلامة (oblig. de sécurité) ، وهو التزام تقتضيه طبيعة بعض العقود ، فعقد العمل يقتضي أن يضمن رب العمل سلامة العمال ، وعقد نقل الأشخاص يقتضي أن يضمن أمين النقل سلامة الأشخاص الذين ينقلهم من مكان إلى مكان (بلانيول وريبير وبولانجيه سنة ١٩٤٩ جزء ٢ فقرة ٤٥٥ — ٤٥٩ وفقرة ٩٥٨ — ٩٦٣) .

(٢) وهذه غير الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٥ ، والتي مر ذكرها ، وهي حالة ما إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة . والفرق بين الحالتين أن المتعاقدين في الحالة التي نحن بصددها أغفلا بعض التفصيلات لأنهما لم يتوقعاها أو توقعاها ولكن تركا تنظيمها لأحكام القانون . أما في الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٥ فإن التفصيلات التي تركها المتعاقدان دون تنظيم هي تفصيلات توقعاها وأرادا أن ينظماها باتفاقهما ، ولكنهما لم يستطيعا الوصول إلى هذا الاتفاق . والقاضي في هذه الحالة الأخيرة لا يفسر نية المتعاقدين ولا يكمل نطاق العقد ، وإنما يحل محل المتعاقدين في صنع العقد .

تكشف عن إرادة المتعاقدين إذا كان المتعاقدان قد توقعا ما يعرض لهما من ذلك واعتمدا على هذه الأحكام المفسرة . وتكون هذه الأحكام جزءاً من العقد . وهذا ما يعلل أن ليس لها أثر رجعى ينسحب على العقود التى أبرمت قبل صدورها ، لأن هذه العقود وجدت فى وقت كانت أحكام أخرى تكمل فيه إرادة المتعاقدين وكانت هذه الأحكام جزءاً من العقد فلا يجوز أن ينسخ جزء من العقد بقوانين لاحقة . فلو أن شخصاً اقترض مبلغاً من النقود بالسعر القانونى فى ظل التقنين القديم (وكان السعر القانونى ٥ فى المائة) ، فإن القانون الجديد ، وقد نزل بالسعر القانونى إلى ٤ فى المائة ، لا يسرى على هذا القرض ويبقى السعر ٥٪ .

ولما كانت هذه الأحكام التكميلية والمفسرة ليست إلا إرادة المتعاقدين التى افترضها القانون أو كشف عنها ، فإن المتعاقدين يستطيعان أن يتفقا صراحة أو ضمناً على استبعادها أو تعديلها أو تقييدها على النحو الذى يريانه ، فهى ليست من النظام العام . وإذا كانت تعتبر أنها إرادة المتعاقدين ، فهذا الاعتبار يزول إذا قام الدليل على العكس .

٤٠٦ — **العرف والشروط المألوفة** : رأينا أن العرف يجرى مجرى القانون فى المسائل التجارية والمعاملات البحرية وعقود التأمين والحساب الجارى . وكما يكون العرف من عوامل تفسير العقد كذلك يكون من عوامل تحديد نطاقه . ويتصل بالعرف الشروط المألوفة (clauses de style) فتضاف إلى العقد الشروط التى جرت العادة بإدراجها فيه[1] ، وهى شروط أكثر تحديداً من العرف . ذلك أن هناك عقوداً أصبح من المألوف فيها أن تشتمل على عبارات معينة ، حتى صار تكرار هذه العبارات غير ذى فائدة . وأصبح لكل من المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ ما تقضى به هذه الشروط ولو لم تذكر[2] ،

(١) [دى باج جـ ٢ ص ٤٤٠ بند ٤٦٩ وأحكام النقض البلجيكى التى أشار إليها] .

(٢) [انظر بحث ليكومت (Lecomte) عن الشروط المألوفة — فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٥ ص ٣٠٥ — و (زوكتا) Zuchetta — رسالة من أكس سنة ١٩٤٢] .

لأنها أصبحت عرفاً خاصاً بهذا العقد . مثل ذلك ما جرت به العادة فى الفنادق والمطاعم والمقاهى من أن يضاف إلى حساب العميل نسبة مئوية تنفح بها الخدم ، فهذا شرط ينفذ حتى لو لم يذكر ذلك للعميل وحتى لو لم يره مكتوباً ، ولكن عند تعارض شرط مألوف مع شرط خاص أدرج فى العقد . فالشرط الخاص هو الذى يعمل به(١) .

٤٠٧ — العدالة : وقد يسترشد القاضى بقواعد العدالة فى استكمال شروط العقد لتحديد نطاقه . فالبائع لا يلتزم فحسب أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشترى ، بل يجب عليه أيضاً أن يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلا أو عسيراً . وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر فى العقد ، وقد يورد القانون فى شأنه نصوصاً صريحة (أنظر م ٤٢٨ من التقنين المدنى) وبائع المتجر يلتزم نحو المشترى ألا ينافسه منافسة ينتزع بها عملاء المتجر ، وهذا التزام تقتضيه العدالة وإن لم يذكر فى العقد . والعامل الفنى إذا عمل فى مصنع فاطلع على أسراره الصناعية بحكم عمله يلتزم ألا يبوح بهذه الأسرار لمصنع منافس ولو لم يشترط عليه ذلك (قارن م ٦٨٦ مدنى) . وما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل ، إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الابتداع ، ولو لم يشترط رب العمل فى العقد أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات (م ٦٨٨ فقرة ٢ مدنى) وفى عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية ، إذا كان من شأنها أن تؤثر فى التبعة التى تتحملها الشركة(٢) . هذا وليست نظرية الحوادث الطارئة — وقد وضع لها التقنين الجديد نصاً عاماً وطبقها فى عقود مختلفة —

---

(١) استئناف مختلط فى ٦ يونية سنة ١٩٤٤ م ٦٦ ص ١٨٢ . [ونقض فرنسى ٢٦ أبريل ١٩٣٢ — دالوز الأسبوعى ١٩٣٢ ص ٣١٥ — وانظر : دى باج ج ٢ بند ٤٦٩] .

(٢) [دى باج ج ٢ ص ٤٤٠ وما بعدها — وديموج ج ٦ بند ١٢ ومابعده — ويذهب ديموج إلى أن مبدأ حسن النية ينشىء التزاما على الدائن والمدين بوجوب التعاون على تنفيذ العقد . وهذا الالتزام يفرضه العقد بذاته على الطرفين . ومن تطبيقات ذلك : التزام المتعاقد المحترف بأن يزود المتعاقد الآخر بالمعلومات اللازمة . والتزام الدائن بالامتناع عن أى سلوك يجعل الالتزام أو تنفيذه أشد كلفة على المدين] .

إلا تطبيقاً لمبدأ العدالة فى تحديد نطاق العقد وقياس مدى ما يلتزم به المتعاقد إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام صار مرهقاً للمدين إلى حد يخل بالعدالة الواجبة .

٤٠٨ — *تحديد نطاق العقد هو من مسائل القانون* : وإذا حدد القاضى نطاق العقد، خضع فى هذا التحديد لرقابة محكمة النقض ، فتستطيع هذه المحكمة أن تعقب على حكمه ، وأن تأخذ عليه أنه انتقص من نطاق العقد أو زاد فيه . فإذا طبق القاضى بعض شروط العقد دون بعضها الآخر ، كان فى ذلك انتقاص من نطاق العقد ووجب نقض الحكم [1] .

المطلب الثالث

إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

٤٠٩ — *القاعدة العامة والاستثناء منها* : القاعدة العامة هى أن العقد شريعة المتعاقدين ، فالواجب تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه . وقد أورد التقنين الجديد ،

---

(١) وإلى هذا الرأى ذهبت محكمة النقض عندما قضت بأن الخطأ فى تطبيق نصوص العقد خطأ فى تطبيق القانون يخضع لرقابة محكمة النقض . فنى دعوى المقاول الذى لم يدفع للمدعى عليه (وزارة الحربية) غير التأمين المؤقت ، وعندما أعلن بقبول عطائه وكلف بإيداع التأمين النهائى امتنع ولم يحرر عقد التوريد وطلب إعفاءه من التعهد ، فألغى المدعى عليه عطاءه وانصرف إلى غيره فى استيراد المطلوب له — فى هذه الدعوى إذا طبقت المحكمة بعض شروط العقد دون بعضها الذى كان يجب تطبيقه ، فلمحكمة النقض أن تنقض الحكم وتفصل فى الدعوى على أساس الشروط الواجبة التطبيق . ولا يرد على ذلك بأن تطبيق بعض شروط عقد المناقصة وعدم تطبيق بعضها الآخر الآخر على الدعوى هو ممايدخل فى ولاية قاضى الموضوع دون رقابة عليه فيما يرتئيه من تفسير هذه الشروط ، لأن تطبيق نص من نصوص العقد دون نص آخر أولى منه هو اجتهاد يخضع فيه القاضى لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٩ ص ٢٢٣) — وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تفسير بند فى العقد تفسيراً صحيحاً مع ترك البنود الأخرى يوجب نقض الحكم (نقض مدنى فى ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٣ ص ٥٣٢) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى « النقض فى المواد المدنية والتجارية » لحامد فهمى والدكتور محمد حامد فهمى ص ٢٩٦ — ص ٢٩٩ (والتمييز غير واضح فى هذا المرجع بين تفسير العقد وتحديد نطاقه) .

عند الكلام فى آثار العقد[1] ، على هذه القاعدة استثناءين : الاستثناء الأول ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة من جواز تعديل القاضى للعقد (م ١٤٧ فقرة ٢) ، والاستثناء الثانى ما تقضى به نظرية عقود الإذعان من جواز تعديل القاضى للشروط التعسفية أو الإعفاء منها (م ١٤٩) .

ولا نعود إلى عقود الإذعان فقد سبق الكلام فيها[2] . ونقتصر هنا على ملاحظة أن العقد إذا تم بطريق الإذعان واشتمل على شروط تعسفية ، فإن العيب الذى يلحق العقد فى هذه الحالة يلحقه منذ تكوينه ، لا عند تنفيذه كما هو الأمر فى نظرية الحوادث الطارئة . فنظرية عقود الإذعان أقرب إلى نظرية عيوب الرضاء . وما الإذعان إلا ضرب من الإكراه أو الاستغلال يرتب عليه القانون نتائج محدودة . وكان المنطق يقضى بأن يوضع النص الخاص بعقود الإذعان فى المكان الذى وضع فيه النص الخاص بنظرية الاستغلال ، فهذه أشكل بتلك .

فإذا تركنا عقود الإذعان بقى أن نبحث مسألتين : (١) القاعدة وهى تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه (٢) ثم الاستثناء وهو ما تقضى به نظرية الحوادث الطارئة .

§ ١ — تنفيذ العقد فى جميع ما اشتمل عليه

٤١٠ — *النصوص القانونية* : نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب

---

(١) وإلا فإن القانون أورد استثناءات أخرى كثيرة تفرقت فى أماكن مختلفة كما سنرى .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ١١٨ وما بعدها . [وانظر الدكتور عبدالمنعم فرج الصدة فى عقود الإذعان (رسالة من القاهرة ١٩٤٦) — وكتابه فى مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٨ بند ٩٢ — ٩٦ — ومارتى ورينو جـ ٢ بند ١١٦ — ١١٧ ودى باج جـ ٢ بند ٥٤٩ وما بعده] .

التي يقررها القانون »[١] .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ على ما يأتى :

« يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية »[٢] .

٤١١ — العقد شريعة المتعاقدين : بعد أن يفسر القاضى العقد و يحدد نطاقه ، لا يبقى إلا أن يلزم المتعاقدين بتنفيذ جميع ما اشتمل عليه ، ما دام العقد قد نشأ صحيحاً ملزماً . وهو لا يكون صحيحاً ملزماً إلا فى الدائرة التى يجيزها القانون ، أى فى نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام ولا مع الآداب .

و يطبق القاضى العقد كما لو كان يطبق قانوناً ، لأن العقد يقوم مقام القانون فى تنظيم

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « العقد شريعة المتعاقدين ما دام قد انعقد صحيحاً ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون » . وأقرته لجنة المراجعة بعد حذف عبارة « ما دام قد انعقد صحيحاً » لعدم الحاجة إليها ، وأصبح رقم النص الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٤٧ فقرة أولى ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٧٨ — ص ٢٨٦) .

ويقابل النص فىالتقنينات المدنية العربية الأخرى: السورىم ١٤٨/١ (مطابق) — الليبى م ١٤٧/١ (مطابق) — العراقى م ١٤٦/١ (موافق) — اللبنانى م ٢٢١ (موافق) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢١٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل » . وفىلجنة المراجعة عدل النص تعديلا لفظياً على النحو الآتى : « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسنالنية وما تقتضيه نزاهة التعامل » ، وأصبح رقم النص المادة ١٥٢ فقرة أولى فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ قيل تعليقاً على النص إنه وإن كان العقد شريعة المتعاقدين فليس ثمة عقود تحكم فيها المبانى لا المعانى كما كان الشأن فى بعض العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها . وحذفت اللجنة عبارة « وما تقتضيه نزاهة التعامل » ، وعللت هذا الحذف فى تقريرها بأن « فى عموم تعبير حسن النية ما يغنى عنها » ، وأصبح رقم المادة ١٤٨ فقرة أولى . ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٧ — ص ٢٩٠) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربيةالأخرى : السورى م ١٤٩/١ (مطابق) — الليبى م ١٤٨/١ (مطابق) — العراقى م ١٥٠/١ (مطابق) — اللبنانى م ٢٢١ (موافق) .

العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين . بل هو ينسخ القانون فيما يخرج منه عن دائرة النظام العام والآداب ، وقد رأينا أن الأحكام القانونية التى تخرج عن هذه الدائرة ليست إلا أحكاماً تكميلية أو تفسيرية لإرادة المتعاقدين ، فإذا تولى المتعاقدان بإرادتهما تنظيم العلاقة فيما بينهما فى العقد ، كان العقـد هو القانون الذى يسرى عليهما ، وتوارى البديل أمام الأصيل . وهذا هو المعنى الذى قصدت إليـه الفقرة الأولى من المادة ١٤٧ حين قالت : « العقد شريعة المتعاقدين » . وتقول المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسى فى هـذا المعنى : « الاتفاقات التى تمت على وجه شرعى تقوم بالنسبة إلى من عقدوها مقام القانون » . Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. وقد نقل المشرع الفرنسى هذا النص عن دوما (Domat) كما قدمنا[1] .

٤١٢ — فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون : والنتيجة المباشرة للمبدأ القاضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ، هى أن العقـد لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون[2] .

لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضى ، فلا يجوز لهذا أن ينقض عقداً صحيحاً أو يعدله بدعوى أن النقض أو التعديل تقتضيه العدالة ، فالعدالة تـكمل إرادة المتعاقدين

---

(١) وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين ، فليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق . وقد عقد جوسران (جزء ٢ فقرة ٢٤٧ — فقرة ٢٤٨) مقارنة بين العقد والقانون. أما وجوه الشبه فنى أن كلا منهما ملزم ، وفى أن كلا منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف ، وفى أنه يجوز حل العقد كما يجوز إلغاء القانون بعين الطريقة التى صنع بها كل منهما ، وفى أن العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمقتضيات العدالة وحسن النية . ووجوه الخلاف هى أن العقد لا يجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام أما القانون فيلغى قانوناً آخر مثله ولو كان معتبراً من النظام العام ، والعقد قد يحل بإرادة واحدة فيمكن إذن حله بطريقة غير التى صنع بها فى أحوال استثنائية بخلاف القانون فلا يلغى إلا بالطريقة التى صنع بها ، وتفسير العقد مسألة موضوعية (على تفصيل سبق بيانه) لا رقابة لمحـكمة النقض عليها أما تفسير القانون فمسألة قانونية تخضع لرقابة محـكمة النقض .

[وانظر فى هذا : مارتى ورينو ج ٢ بند ٢٢٢ ودى باج ج ٢ بند ٤٦٦] .

(٢) [أنظر فى بيان هذه النتيجة من نتائج المبدأ المتقدم : بيدان ج ٨ بند ٣٠٤ و ٣٠٥ — ودى باج ج ٢ بند ٤٦٧ — ومارتى ورينو ج ٢ بند ٢٢٥] .

ولكن لا تنسخها . ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أى من المتعاقدين ، فإن العقد وليد إرادتين ، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة .

هذا هو الأصل ومع ذلك يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو لأسباب يقررها القانون .

فيكون نقض العقد أو تعديله من عمل المتعاقدين معاً ، إما باتفاقهما على ذلك عند النقض أو التعديل ، أو باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما . والقواعد التى تطبق على توافق الارادتين فى إيجاد العقد هى ذاتها التى تطبق على توافق الإرادتين فى نقضه أو فى تعديله[1] .

وقد يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون . فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها[2] ، كالوكالة والوديعة والعقود الزمنية التى لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار وعقد العمل. وقد ينص القانون فى بعض الأحوال الاستثنائية على جواز تعديل العقد نزولا عند اعتبارات عادلة . كما فعل فى جواز تعديل الشرط الجزائى (م ٢٢٤) ، وفى جواز منح المدين نظرة الميسرة (م ٣٤٦) ، وفى جواز الرجوع فى الهبة (م ٥٠٠) ، وفى جواز تعديل أجر الوكيل (م ٧٠٩) ، وفى جواز رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول فى نظرية الحوادث الطارئة التى سنتناولها بالبحث بعد قليل[3] .

---

(١) ويسمى الاتفاق على نقض العقد mutuo dissensu أو dissentiment mutuel — انظر فى بيان ماهية هذا الاتفاق وإثباته : نقض مدنى فرنسى ٢٢/١١/١٩٦٠ — دالوز — ١٩٦١ — ٨٩ وتعليق هولو (Holleaux) .

(٢) [انظر بحث ديموج عن التعديلات التى ترد على العقود بالارادة المنفردة فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٧ ص ٢٤٥] .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد ما يأتى : « العقد شريعة المتعاقدين ، ولكنه شريعة اتفاقية ، فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحا . والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفى التعاقد =

٤١٣ — والسكوت يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية : كان المشروع التمهيدى للتقنين الجديد ينص على أنه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه شرف التعامل ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع فى هذا الصدد ما يأتى : « فإذا تعين مضمون العقد وجب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية وما يقتضيه العرف فى شرف التعامل . وبهذا يجمع المشروع بين معيارين : أحدهما ذاتى قوامه نية العاقد وقد اختاره التقنين الفرنسى ، والآخر مادى يعتد بعرف التعامل وقد أخذ به التقنين الألمانى »[1]. ومن ثم نرى أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، عندما حذفت المعيار الثانى الخاص بنزاهة التعامل من المشروع النهائى ، قد استبقت فى الواقع المعيار الذاتى دون المعيار المادى : أما ماذكرته فى تقريرها من أنها حذفت العبارة التى تقرر المعيار المادى «لأن فى عموم تعبير حسن النية (وهذا هو المعيار الذاتى) ما يغنى عنها »[2] فغير صحيح ، لأن المعيار الذاتى لايغنى عن المعيار المادى . لذلك يجب ، بعد هذا التعديل ، الاقتصار على المعيار الذاتى ، وهو معيار حسن النية .

فالقاضى عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد يقتضى منهما أن ينفذاه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . ذلك أن حسن النية هو الذى يسود فى تنفيذ جميع العقود . ولم يعد

= أن يستقل بنقضه أو تعديله ، بل ولايجوز ذلك للقاضى ، لأنه لايتولى إنشاء العقود عن عاقديها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالرجوع إلى نية هؤلاء العاقدين . فلا يجوز إذن نقض العقد أو تعديله إلا بتراضى عاقديه — ويكون هذا التراضى بمثابة عقد جديد — أو لسبب من الأسباب المقررة فى القانون كما هو الشأن فى أسباب الرجوع فى الهبة » مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٠) .

[وانظر فى بيان الأسباب التى يقررها القانون : دى باج بند ٤٦٦ فى آخره وبشير بيدان (جـ ٨ بند ٣٠٦) ومارتى ورينو (جـ ٢ بند ٢٢٥) إلى حالات تدخل المشرع — على خلاف هذا الأصل — لتعديل أو إنهاء بعض العقود] .

[وانظر بحث الأستاذ عبد السلام الترمانينى عن سلطة القاضى فى تعديل العقود فى القانون السورى — المحاماة — ٤١ — ص ٩٢٢] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٨ .

(٢) مجموعه الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٠ .

هناك ، كما كان الأمر فى القانون الرومانى ، عقود حرفية التنفيذ (contrats de droit strict) وعقود رائدها حسن النية (contrats de bonne foi) بل العقود جميعها فى القانون الحديث قوامها فى التنفيذ حسن النية[١] . ويرتب القضاء الفرنسى على وجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد أن المقاول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء وجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقصر طريق ممكن[٢] ، وأن أمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح بالنسبة إلى صاحبها[٣] .

ويجزى القانون حسن النية فيما يتعلق بتنفيذ العقد ، فيمنح المدين نظرة الميسرة إذا كان فى عدم تنفيذه للعقد حسن النية (م ٣٤٦ فقرة ٢) . ويجازى سوء النية فى عدم تنفيذ العقد ، فيلزم المدين فى المسئولية العقدية بالتعويض عن الضرر الذى كان لا يمكن توقعه وقت التعاقد إذا كان هذا المدين فى عدم تنفيذه للعقد قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيما (م ٢٢١ فقرة ٢) . وهذا وذاك ينمان عما وراءهما من قاعدة مستترة تنهى عن الغش وتأمر بحسن النية فى تنفيذ العقد .

وهناك عقود يتجلى فيها واجب حسن النية فى التنفيذ فى صورة التزام بالتعاون ، وهو التزام يقضى على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه فى تنفيذ العقد . ففى عقد الشركة

---

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويستخلص مما تقدم أن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين ، فليس ثمة عقود تحكم فيها المبانى دون المعانى كما كان الشأن فى بعض العقود عند الرومان ، فحسن النية يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بتعيين مضمونها أم فيما يتعلق بكيفية تنفيذها » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٨) . وتقول الأستاذة بلانيول وريبير وبولانجيه فى وسيطهم (جزء ٢ فقرة ٤٥٥ — فقرة ٤٥٧) إن القاضى كما يمنع التدليس dol فى تكوين العقد ، كذلك يمنع الغش fraude فى تنفيذه . والتدليس والغش شىء واحد يتخذ اسمين مختلفين ، فهو تدليس عند تكوين العقد ، وهو غش عند تنفيذه .

[وانظر فى مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية : ما سبقت الإشارة إليه عند الكلام فى تفسير العقد (ص ٦١٢ من هذا الكتاب وهوامشها) — وديموج جـ ٦ بند ٣ وبند ١٢ وما بعده — دى باج جـ ٢ بند ٤٦٨ — ٤٦٩ — بيدان جـ ٨ بند ٣٠٧ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٢١٦ و ٢١٩ و ٢٢٢] .

(٢) نقض فرنسى فى ١٩ يناير سنة ١٩٢٥ داللوز الأسبوعى ١٩٢٥ ص ٧٧ .

(٣) نقض فرنسى فى ٣١ يناير سنة ١٨٨٧ سيريه ٨٧ — ١ — ٤٢٠ .

واجب التعاون ما بين الشركاء فى تنفيذ العقد أمر ملحوظ ، حتى أن القانون يجيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء بهذا الواجب (م ٥٣٠ — ٥٣١ من التقنين المدنى الجديد والمادة ١٨٧١ من القانون المدنى الفرنسى) . وفى عقد التأمين يلزم واجب التعاون المؤمن له أن يخطر المؤمن بما يقع من حوادث أثناء سريان العقد وأن يبذل ما فى وسعه للتخفيف من الضرر المؤمن عليه إذا وقع (قانون ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ فى فرنسا : م ١٧ و١٩ و٢١) . ويقضى واجب التعاون على الناشر أن يخطر المؤلف عما تم فى بيع كتابه . وعلى المشترى أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع فى وقت ملائم (٤٤٠ مدنى) . وإذا كشف عيباً فى المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به فى خلال مدة معقولة (م ٤٤٩) . ولا يجوز للمستأجر أن يمنع المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التى تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة (م ٥٧٠) . ويجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه والنور الكهربائى والغاز والتليفون والراديو وما إلى ذلك ، فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لإتمام شىء من ذلك جاز للمستأجر أن يقتضى منه هذا التدخل (م ٥٨١) . ويجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله ، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف عيب فيها أو يقع اغتصاب عليها أو يعتدى أجنبى بالتعرض لها أو بإحداث ضرر بها (م ٥٨٥) . وعلى الوكيل أن يوافى الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه فى تنفيذ الوكالة (م ٧٠٥) . وعلى أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م ٧١٧)[1] .

ويمكن القول بوجه عام إن التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغنى فى بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف فى استعمال الحق . فإن المتعاقد الذى يحيد عن حسن النية فى المطالبة بحقه يكون مسئولا على أساس المسئولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدى من وجوب مراعاة حسن النية فى تنفيذ العقد ، قبل أن

---

(١) الدكتور حلمى بهجت بدوى ص ٣٩١ — ص ٣٩٩ . وقد أورد تطبيقات كثيرة لفكرة التعاون . [وانظر ديموج جـ ٦ بند ١٢ دى باج جـ ٢ بند ٤٦٩ — السابق الإشارة إليهما] .

يكون مسئولا على أساس المسئولية التقصيرية للتعسف فى استعمال الحق[1] .

§ ٢ — نظرية الحوادث الطارئة (*)

(Thtorie de l'imprévision)

٤١٤ — النصوص القانونية : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٤٥٥ — فقرة ٤٥٧ .

(*) بعض المراجع : برينيه (Brunet) رسالة من أكس سنة ١٩١٧ — سان مارك (Saint-Marc) رسالة من باريس سنة ١٩١٨ — جيليت (Gueulette) رسالة من باريس سنة ١٩١٩ — مورى (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ — ردوان (Radouant) رسالة من باريس سنة ١٢٠ — فيوت (Fyot)، رسالة من ديجون سنة ١٩٢١ — بريزان (Bruzin) رسالة من بوردو سنة ١٩٢٢ — فواران (Voirin) رسالة من نانسى سنة ١٩٢٢ — لابيير (Lapeyre) رسالة من پواتييه سنة ١٩٢٣ — مانيان دى بورنييه (Magnan de Bornier) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٢٤ — ديجونكير (Desjonquères) رسالة من باريس سنة ١٩٢٦ — جاكمار (Jacquemard) رسالة من الجزائر سنة ١٩٢٨ — أوفرنى (Auverny) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — حامد زكى رسالة من باريس سنة ١٩٣٠ (فى القانون الإنجليزى) — دى جودان دىلاجرانج (De Gaudin de Lagrange) رسالة منمونبلييه سنة١٩٣٥ — بارير (Barreyre) رسالة من بوردو سنة ١٩٣٧ — فولا (Foula) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — زاكساس (Zacksas), رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ — مقال للأستاذ عبد الفتاح السيد فى مجلة مصر المعاصرة السنةالثانية والثلاثون ص٦٤٩ وما بعدها (ويشير فيها إلىقرارات موتمر باريس الدولى فىسنة ١٩٣٧) .

[أضف إلى ما تقدم: بيدان جـ ٨ص٤١٩ بند ٥٨١ — دىباج جـ ٢ بند ٤٦٧ وبند ٥٧٣ وما بعده (ص ٥٣٤ وما بعدها) — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٢٢٧ — ورسالة ر.ع : دور الإرادة فىالعمل القانونى (سابق ذكرها) ص ٥٣٢ وما بعدها - دى لو بادير فى العقود الإدارية جـ ٣ بند ٩٤٩ وما بعده والمراجع العديدة التى أشار إليها — وأعمال الأسبوع القانونى الدولىبباريس سنة ١٩٣٧ جـ ٢ (مراجعة القاضى للعقد) مطبوعات سيرى — باريس ١٩٣٨ — وفى الفقه العربى رسالة الدكتور محمد الحداد عبد الجواد : فى القوة الملزمة للعقد فى الشريعة الإسلامية وفى نظرية الظروف الطارئة فى القانون المدنى (رسالة من باريس١٩٥٧ — غير مطبوعة) والمستشار حسينعامر: القوة الملزمة للعقد (سنة١٩٤٩) — وأسعد الكورانى : نظرية الحوادث الطارئة فىالتشريع المدنى للبلاد العربية — المحاماة — ٤٠ — ص ٢١٧ — ومقال لصاحبالوسيط عن تطبيق هذه النظرية على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعى — المحاماة - ٤١ — ص ١٠٧ — وانظر : حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ بند ٣٤٣ ص ٣١٦ وما بعدها — سليمان مرقس (المصادر) بند ٢٦٥ ص ٣٥٢ وما بعدها — أنور سلطان =

« ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلا اتفاق على خلاف ذلك »[1] . وهذا نص مستحدث لم يكن له نظير فى التقنين القديم .

= (المصادر — طبعة ١٩٦٢) بند ٣٢٥ ص ٣٧٨ وما بعدها — عبد المنعم فرج الصده بند ٢٩١ ص ٣٣١ وما بعدها — عبد الحى حجازى (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٣٥٤ ص ٥٥٥ وما بعدها — ورسالته فى عقد المدة ص ١٦٣ وما بعدها — عادل علوبه فى المحاماة (٤٠) ص ٢٤٨] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية لا يمكن توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى ، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، إن اقتضت العدالة ذلك » . وأضافت لجنة المراجعة كلمة « عامة » بعد عبارة « حوادث استثنائية » ، والمراد بإضافة هذا الوصف أن الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة للجراد أو انتشار وباء . وحذفت اللجنة العبارة الأخيرة من المادة وهى « إن اقتضت العدالة ذلك » على أن يحل محلها عبارة « تبعاً للظروف » توضع بعد عبارة « جاز للقاضى » . وأضافت فى آخر النص عبارة « ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وأصبح رقم المادة ١٥١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة كما وردت فى المشروع النهائى . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ قيل فى إيضاح النص إن الحوادث الاستثنائية العامة تنصرف إلى ما كان عاماً من هذه الحوادث كالفيضان والجراد ، ولا تنصرف إلى الحوادث الفردية — كحريق المحصول مثلا — ولا يعد انتشار الدودة حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع . وقيل أيضاً إن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين وليس إخلاء أيهما من التزامه : بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد . وذكر أن المشروع قنع فى تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصيغة وبذلك غاير القانون البولونى الذى أخذ عنه نص المادة لأن هذا التقنين قد أخطأ التوفيق فى هذا الصدد إذ جمع بين الحرب والوباء وبين هلاك المحصول بأسره فى بعض ما ساق من تطبيقات تخلط بذلك بين العلة والمعلول . وقيل كذلك إن استعمال القاضى للرخصة فى إنقاص الالتزام المرهق خاضع لمراقبة محكمة النقض من حيث توافر الشروط التى تبيح استعمال هذه الرخصة . ولما اعترض على عبارة « ينقص الالتزام المرهق » لأن القاضى قد يرى زيادة الالتزام المقابل لا إنقاص الالتزام المرهق كان الرد أن الإنقاص غير مقصود به الإنقاص المادى وإنما قصد به التعديل وينسب دائماً إلى عبء الالتزام ، فاستعاضت اللجنة عن عبارة « ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » بعبارة « يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » . ثم قام اعتراض على النص فى ذاته بدعوى أنه يخرج القاضى =

٤١٥ — وضع النظرية : ونظرية الحوادث الطارئة تفترض الوضع الآتى: عقد يتراخى وقت تنفيذه إلى أجل أو إلى آجال ، كعقد توريد . ويحل أجل التنفيذ ، فإذا بالظروف الاقتصادية التى كان توازن العقد يقوم عليها وقت تكوينه قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن فى الحسبان ، فيختل التوازن الاقتصادى للعقد اختلالا خطيراً . وليكن الحادث خروج السلعة التى تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة ، فيرتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد يتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف فى خسائر التجار . فهل يؤخذ المدين فى هذه الحالة بتنفيذ التزامه مهما بلغت الخسارة ؟

لو أن هذا الحادث الطارىء قد جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، لكان قوة قاهرة ينقضى بها الالتزام . أو لو أنه لم يكن من شأنه إلا أن يجعل تنفيذ الالتزام يعود بخسارة على التاجر لا تخرج عن الحد المألوف فى التجارة ، لما كان له من أثر ، فالتاجر يكسب ويخسر ، وكل من الكسب والخسارة أمر متوقع ، ولالتزم المدين بتنفيذ التزامه كاملا . ولكنا نفرض فيما قدمناه أن تنفيذ الالتزام من جهة لم يصبح مستحيلا ، ومن جهة أخرى صار مرهقاً يهدد التاجر بخسارة تخرج عن الحد المألوف . ثم إننا نفرض أن هذا كله لم يكن قائماً وقت نشوء العقد ، بل جد عند تنفيذه[1] . فماذا يكون الحكم ؟ تقول نظرية الحوادث

= عن وظيفته ، إذ أن وظيفته هى تفسير إرادة المتعاقدين لا تعديل هذه الإرادة ، وبدعوى أن النص يثير مشاكل ومنازعات تهدد المعاملات لأن أقل حادث سياسى قد يترتب عليه تارة رفع الأسعار وأخرى انهيارها، فأجيب على هذه الاعتراضات بأن القاضى يحكم طبقاً لقواعد العدالة عندما لا يجد نصاً فى العقد وهو فى هذا يعمل فى حدود وظيفته . وبعد مناقشة لم تر اللجنة الأخذ بهذه الاعتراضات ، وأقرت النص تحت رقم المادة ١٤٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٢٧٨ — ص ٢٨٦) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢/١٤٨ (مطابق) الليبى م٢/١٤٧ (مطابق) — العراق م ٢/١٤٦ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل .

(١) فلو أن الالتزام نشأ فى ذمة المدين مرهقاً فادحاً منذ تكوين العقد ، كمن يتعهد بحفر بئر تبلغ تكاليف حفرها أضعاف ما قدره (دى باج جـ ٢ فقرة ٥٧٤ ص ٤٩١) ، لبقينا فى دائرة تكوين العقد ولم نخرج إلى مرحلة تنفيذه ، ولكان علينا أن نلتمس العلاج فى عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ؛ أو كان من المحتمل أن نجد العلاج فى نظرية عقود الإذعان . =

الطارئة : لا ينقضي التزام المدين لأن الحادث الطارىء ليس قوة قاهرة ، ولا يبقى التزامه كما هو لأنه مرهق ، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه ، يطيقه بمشقة ولكن في غير إرهاق .

هذه هي نظرية الحوادث الطارئة . وتراها وهي تقوم في مرحلة تنفيذ العقد تقابل نظريتي الاستغلال والإذعان في مرحلة تكوين العقد[1] . فهي مثل نظيرتيها تصلح اختلال التوازن : هاتان يصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوى أثناء تكوين العقد ، وهذه تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد . على أن اختلال التوازن في نظرية الحوادث الطارئة يرجع إلى حادث لا يد فيه لأي من المتعاقدين ، ومن ثم تتوزع تبعته بينهما . وفي النظريتين الأخريين يرجع اختلال التوازن إلى استغلال القوى من المتعاقدين للضعيف منهما ، ومن ثم يرفع عن الضعيف كل ما أصابه من الغبن[2] .

---

(١) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « فيلاحظ أولا أن نظرية الطوارىء غير المتوقعة ليست على وجه الإجمال إلا بسطة في نطاق نظرية الاستغلال . فالغبن إذا عاصر انعقاد العقد (وهو الاستغلال) أو كان لاحقاً له (وهي حالة الحادث غير المتوقع) لا يعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الإلزام . فقد يكون سبباً في بطلانه أو في إنقاصه على الأقل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨١).

(٢) وتعين نظرية الظروف الطارئة على التوازن ما بين التنفيذ العيني للعقد وتنفيذه من طريق التعويض. ففي تنفيذ العقد من طريق التعويض لا يلتزم المدين إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . وها نحن ، بفضل نظرية الظروف الطارئة ، نقرر ما يقرب من ذلك في التنفيذ العيني ، فلا يلتزم المدين بتنفيذ التزامه التعاقدي تنفيذاً عينياً إلا بالقدر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، وما زاد على هذا القدر المتوقع فلا يتحمل تبعته كاملة . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى ما يأتي : « ويلاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الطوارىء غير المتوقعة تقيم ضرباً من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدي تنفيذاً عينياً وتنفيذه من طريق التعويض . إذ تقضي الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ (من المشروع التمهيدي وتقابل الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ من القانون الجديد) بأن المدين لا يلتزم إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . ويجوز بفضل هذه النظرية أن يقتصر التنفيذ العيني إلى حد بعيد عما كان في الوسع أن يتوقع عقلا وقت انعقاد العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) .

هذا وتختلف نظرية الظروف الطارئة ومعها نظرية الإذعان عن نظرية الاستغلال في أن نظرية الاستغلال =

ونظرية الحوادث الطارئة لها تطور معروف ، وقد أخذ بهـا التقنين المدنى الجديد نظرية عامة وطبقها تطبيقاً تشريعياً فى حالات معينة . فنحن نتكلم : (أولا) فى التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة . (ثانياً) فى نظرية الحوادث الطارئة فى التقنين المدنى الجديد .

١ — التطور التاريخى لنظرية الحوادث الطارئة

٤١٦ — **النظرية فى العصور الوسطى** : لما كانت نظرية الحوادث الطارئة ذات جانب أدبى بارز . فهى تسعف المتعاقد المنكوب عند ما يختل التوازن الاقتصادى للعقد ، فإن ظهورها لا يستغرب فى القوانين المشبعة بالروح الدينيـة . ظهرت فى العصور الوسطى فى القانون الـكنسى . ولها أثر ملحوظ فى الفقه الإسلامى[١] .

فقد كان رجال الـكنيسة فى العصور الوسطى يرتبون على الحوادث الطارئة التى تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين أثراً قانونياً . فهنـاك غبن يقع على المدين المرهق ، والغبن لا يجوز سواء عاصر تكوين العقد أو جد عند تنفيذه . إذ هو ضرب من الربا المحرم لا يحل أكله ، وهو إثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق . وقامت الصياغة الفنيـة للنظرية فى القانون الـكنسى على أسـاس قاعدة تغير الظروف (rebus sic stantibus) . فالعقد يفترض فيه شرط ضمنى هو أن الظروف الاقتصادية التى عقد فى ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغيراً جوهرياً . فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقـد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشىء من هذا التغيير المفاجىء فى الظروف الاقتصادية[٢] .

= ذات معيار شخصى : استغلال هوى جامح أو طيش بين . أما نظريتا الحوادث الطارئة والإذعان فلهما معيار مادى : حادث طارىء عام واحتكار لسلعة أو مرفق .

(١) أما فى القانون الرومانى فلا نسمع لها صدى إلا فى أقوال الفلاسفة من أمثال شيشيرون (Cicéron) وسينيك (Sénèque) .

(٢) [انظر : دى باج ج ٢ ص ٥٣٩ بند ٥٧٦] .

وسلم رجال الفقه الإسلامى بنظرية الحوادث الطارئة فى بعض العقود ، وبخاصــة فى عقد الإيجار . فينفسخ الإيجار بالعذر فى مذهب الحنفية ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقــد ، فــكان الفسخ فى الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر (١) .

٤١٧ — النظرية فى القانونه الحديث — اندثارها فى القانونه الخاص : ولما كانت نظرية الحوادث الطارئة ثغرة ينفذ منهـا القاضى إلى العقد فينال من قوته الملزمة ، إذ هو يعدل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضاء الآخر ، لم تلبث النظرية أن انتكصت على أيدى المدنيين من رجال القانون الفرنسى القديم ، واندثرت بعد ذلك أمام النظرية المعارضة ، نظرية القوة الملزمة للعقد . وثبت القانون المدنى الحديث على هذا الموقف ، فلم يقر النظرية لا فقهاً — على خلاف فى الرأى — ولا قضاء .

أما فى الفقه فقد انبرى لتأييدها بعض الفقهاء ، وحاولوا أن يجدوا لها سنداً فى المبادىء العامة للقانون المدنى : فقيل إن النظرية تقوم على أساس المبدأ القاضى بأن العقود يجب

---

(١) البدائع ٤ ص ١٩٧ — والعذر إما أن يرجع للعين المؤجرة كمن استأجر حماماً فى قرية مدة معلومة ، فنفر الناس ووقع الجلاء ، فلا يجب الأجر (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٦٣) . وإما أن يرجع للمؤجر ، كأن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين المؤجرة ، فيجعل الدين عذراً فى فسخ الإجارة ، وكذلك لو اشترى شيئاً فآجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب (البدائع ٤ص ١٩٨ — ص ١٩٩ — الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٩ — ص ٤٦٣) . وإما أن يرجع العــذر للمستأجر ، نحو أن يفلس فيقوم من السوق ، أو يريد سفراً ، أو ينتقل من الحرفة إلى الزراعة ، أو من الزراعة إلى التجارة ، أو ينتقل من حرفة إلى حرفة (البدائع ٤ص ١٩٧) ، وكما إذا كانت الإجارة لغرض ولم يبق ذلك الغرض ، أو كان عذر يمنعه من الجرى على موجب العقد شرعاً ، تنتقض الإجارة من غير نقض ، كما لو استأجر إنساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة أو لقلع السن عند الوجع ، فبرأت الأكلة وزال الوجع ، تنتقض الإجارة (الفتاوى الهندية ٤ ص ٤٥٨ — ابن عابدين ٥ص ٧٦) .

ونظرية العذر فى الفقه الإسلامى — كما نرى — واسعة . وقد وضع الفقهاء للعذر معيــاراً مرناً ، فقال ابن عابدين (جزء ٥ص ٧٦) : « والحاصل أن كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليــه إلا بضرر يلحقه فى نفسه أو ماله يثبت له حق الفسخ » . فالنظرية تنتظم ما يعتبره القانون الحديث قوة قاهرة ، وما يعتبره حوادث طارئة ، وما يعتبره دون هذه وتلك . قارن أيضاً تصقيع الحــكر [الوسيط ٦ فقرة ٨٠٢ — فقرة ٨٠٣) .

تنفيذها بحسن نية ، وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح التزام هذا مرهقاً لظروف طارئة لم تكن فى حسبانه[1] . ولـكن خصوم النظرية يردون بأن حسن النية يقضى بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه ، لا أن يعدل القاضى هذا الاتفاق ، فينفتح الباب واسعاً للتحكم — وقيل إن النظرية تفسر فى ضوء المبدأ القاضى بأن المدين فى التزام تعاقدى لا يدفع تعويضاً إلا عن الضرر المتوقع ، فلا يجوز إذن أن يحـاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيما لم يكن متوقعاً وقت التعاقد[2] . ويرد الخصوم بأن هذا حكم لا يطبق إلا عند عدم تنفيذ العقد بخطأ المدين ، لا عند تنفيذه كما هى الحال فى نظرية الحوادث الطارئة — وقيل إن النظرية ترجع إلى مبدأ الإثراء بلا سبب ، فالقاضى بتعديله العقد المرهق يمنع الدائن من أن يثرى على حساب المدين[3] . ويرد على ذلك بأن الدائن لم يثر بلا سبب ، بل إن هناك سبباً لإثرائه هو العقد — وقيل إن نظرية السبب تصلح سنداً ، إذ متى وصل التزام المدين إلى حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل ووجب إنقاصه . ولـكن نظرية السبب لا تشترط وجود التعادل الاقتصادى ولا استمراره إذا وجد ، وإلا لـكان الغبن سبباً فى بطلان العقد — وقيل أخيراً إن نظرية الحوادث الطارئة يمكن إسنادها إلى مبدأ التعسف فى استعمال الحق ، فالدائن يتعسف فى استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ التزام أصبح مرهقاً لظروف طارئة لم يكن أحد يتوقعها . ويرد خصوم النظرية بأن الدائن قد أراد بتراخى التعاقد إلى مدة من الزمن أن يأمن جانب تغير الظروف ، فإذا هى تغيرت وطالب بحقه الذى تعاقد من أجله كان متبصراً لا متعسفاً[4] — ثم تقول جمهرة رجال الفقه إن نظرية الحوادث الطارئة مكانها هو التشريع . فإذا جدت أحوال تقتضى تدخل المشرع ، عولجت بالتشريع المناسب وبقدر الحاجة . وهذا ما فعله المشرع فى مصر وفى فرنسا على أثر الحربين العالميتين فى تأجيل الديون moratorium ،

---

(١) ريبير فى القاعدة الأدبية فقرة ٨٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ .

(٢) قارن بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٤ .

(٣) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٥ .

(٤) بلانيول وريبير وبولانجية ٢ فقرة ٤٦٢ .

وفى عقود الإيجار ، وفى تحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية ، وفى بعض العقود التجارية[1] .

أما القضاء المدنى فلم يقر النظرية ، لا فى فرنسا ولا فى مصر .

وقد أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر حيث كان متفقاً أن تروى مياه ترعة الأراضى المجاورة بمقابل أصبح بعد أن تغيرت الظروف الاقتصادية تافهاً كل التفاهة[2] . وأبت أيضاً أن تعدل عقود التأمين من خطر التجنيد وقت أن كانت الجندية فى فرنسا بالاقتراع ، ثم زيد عدد الجيش إلى النصف تقريباً مما جعل التجنيد بطريق الاقتراع أكثر احتمالا ، فزاد الخطر الذى تتعرض له شركة التأمين زيادة جسيمة بسبب هذا الحادث الطارىء[3] .

والقضاء المصرى ، فى ظل التقنين القديم ، كالقضاء الفرنسى لم يأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . وقد اضطرد القضاء المختلط فى هذا المعنى فعنده أن الالتزام لا ينقضى إلا إذا صار تنفيذه مستحيلا ، أما إذا كان التنفيذ ممكناً فإنه يجب القيام به حتى لو كان مرهقاً للمدين[4] . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى حكم أخير بأن التعاقد وقت الحرب يجعل

---

(١) أنظر قانون فايو (Faillot) الصادر فى فرنسا فى ٢١ يناير سنة ١٩١٨ — وراجع فى التشريع الفرنسى بعد الحرب العالمية الثانية مذكرات غير مطبوعة لقسم الدكتوراه للأستاذ موران (Morin) — وانظر فى اقتصار المشرع على التدخل عند الاقتضاء فى حالات استثنائية الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٣٢٩ ص ٤١٥ — الدكتور حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٤٥ فقرة ٣٥٨ — ٣٦٩ — وانظر عكس ذلك فى وجوب تدخل المشرع بنص عام يقرر النظرية فى جملتها الدكتور حامد زكى فى رسالته فى الحوادث الطارئة فى القانون الإنجليزى ص ٣٧٥ — ونظرية العقد للمؤلف ص ٩٧٦ هامش رقم ١ .

(٢) نقض فرنسى فى ٦ مارس سنة ١٨٧٦ — ١ — ١٦١ — انظر حكماً آخر فى ٨ أغسطس سنة ١٩٠٠ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٤٦ .

(٣) نقض فرنسى فى ٩ يناير سنة ١٨٥٦ سيريه ٥٦ — ١ — ١٢٩ — أنظر أيضا أحكاما رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة : نقض فرنسى فى ١٧ يونية سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ١٠٩ — وفى ٦ يونيه سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢١ — ١ — ١٩٣ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٩ — ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٦٨ — ١٦ فبراير سنة ١٩١٦ م٢٨ ص١٥٥ — ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م٢٨ ص٢٠٢ — ١٩ أبريل سنة ١٩١٦ م٢٨ ص ٢٦٠ — ٧ يونيه سنة ١٩١٦ م٢٨ ص ٤١٤ — ٧ يونية سنة =

صعوبات التنفيذ متوقعة ، فلا يجوز الاحتجاج بها للتخلص من الالتزام[1] .

والقضاء الوطنى أيضاً لم يقر نظرية الحوادث الطارئة . وقد كانت محكمة استئناف مصر الوطنية أخذت بالنظرية فى حكم لها معروف ، ثبت فيه من وقائع القضية أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من « الذرة العويجة » بسعر معين ، فورد بعض ما تعهد به ، ثم طالبته المصلحة بتوريد جزء آخر ، فامتنع بعد أن ارتفع سعر هذا الصنف من الأذرة على أثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنيهين وربع إلى ما فوق الخمسة الجنيهات . وقد قررت المحكمة فى حكمها : « أنه وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين ما دام لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهرى ، إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف . فإذا طرأت عند التنفيذ ظروف لم تكن فى حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ، وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث تخل بتوازنها فى العقد إخلالا خطيراً ، وتجعل التنفيذ مرهقاً لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال ، فإنه يكون من الظلم احترام العقد فى مثل هذه الظروف ، ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب . وإن نظرية الطارىء بما لم يكن فى حسبان المتعاقدين تختلف عن نظرية الحادث الجبرى ، إذ أن هذه تتطلب لأجل أن تتحقق استحالة التنفيذ كلية ، وتلك تتطلب استحالة نسبية ، أو بالأحرى ظرفاً يجعل التنفيذ أفدح خسارة وأعظم إرهاقاً للمدين . وأن الروح التى أملت نظرية الإثراء على حساب الغير بغير سبب مشروع ونظرية الإفراط فى استعمال الحق مع عدم وجود نصوص فى القانون خاصة بهما هى نفسها التى تملى نظرية احترام الظروف الطارئة

= ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٦ — ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٧ — ٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٠٨ — ٨ مارس سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص ٢٢٦ — ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص ٢٧٩ — ٦ يونيه سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص ٤٦٨ — ١٣ يونيه سنة ١٩٢٢ م٣٤ ص ٤٨١ — ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م٤٠ ص ١١٢ — ٢٦ نوفبر سنة ١٩٣١ م٤٤ ص ٣٥ — ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م٤٧ ص ٥٣ — قارن استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م٣٧ ص ٥١ — ٤ مارس سنة ١٩٢٥ (مشار إليه فى رسالة الدكتور حامد زكى ص ١٤٠ — ١٤١) .

(١) ٢ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٣ .

التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وقت التعاقد، وقد أخذ بتطبيقاتها فى نظرة الميسرة وفى الضرر غير المتوقع »[١] . ونرى من ذلك أن محكمة الاستئناف أسندت النظرية إلى مبادىء العدالة ، وقرنتها بنظريتى الإثراء بلا سبب والتعسف فى استعمال الحق من حيث إن النظريات الثلاث لم ترد فيها نصوص فى التقنين القديم ومع ذلك أخذ القضاء بها . ولكن هذا الحكم الفذ ما لبث أن نقضته محكمة النقض . وقد قررت هذه المحكمة فى حكمها : « أنه لا ينقضى الالتزام العقدى بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن لطروء حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه ، فإن كان الحادث الطارىء لا يبلغ أن يكون كذلك ، بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب ، فلا ينقضى الالتزام . وإذن فالحكم الذى يقرر المساواة بين هذين الحادثين من حيث أخذه بالفسخ فى كليهما ، زعماً بأن القانون المصرى ، وإن لم يقرر نظرية انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التى لم يكن يتوقعها المتعاقدان وإن جعل التنفيذ مرهقاً للمدين ، إلا أنه قد أباح الأخذ بها فى بعض الحالات حيث تدعو مقتضيات العدالة وروح الإنصاف إلى ذلك ، وبأن فى نظريتى الإثراء على حساب الغير والإفراط فى استعمال الحق ما يؤكد هذا النظر — الحكم بذلك على هذا الزعم مخالف للقانون متعين نقضه ، لأن الشارع وإن كان قد أخذ بنظرية حساب الطوارىء فى بعض الأحيان، إلا أنه قد استبقى زمامها بيده ، يتدخل به فيما يشاء وقت الحاجة ، وبالقدر المناسب ، ولمصلحة العاقدين كليهما ، فما يكون للقضاء بعد ذلك إلا أن يطبق القانون على ما هو عليه »[٢] . ويلاحظ أن محكمة النقض أبت الأخذ بنظرية الحوادث الطارئة كسبب لانقضاء الالتزام ، لا لرده إلى الحد المعقول ، وعلى أساس أن نصوص التقنين المدنى القديم تتعارض مع إقرار النظرية . فهى إذن لا تأبى أن يوضع للنظرية نص

---

(١) استئناف مصر الوطنية فى ٩ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤١ ص ٦٣ — وانظر تعليقاً للدكتور حامد زكى فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية .

(٢) نقض مدنى فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ [وانظر أيضاً نقض مدنى ٥ إبريل ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٢٢ ص ٧٦٩ — ٢٤ يناير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١ ص ٩٨] .

تشريعى عام يجعل الجزاء إنقاص الالتزام لا انقضاءه . بل هى تصرح بذلك فى الحكم ذاته إذ تقول : « ومن حيث إنه وإن كانت هــذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعفو والإحسان ، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستبق الشارع إلى ابتداعها ، فيكون عليها هى وضعها وتبيان الظروف الواجب تطبيقها فيها ، وتحديد ما ينبغى على قاضى الموضوع اتخاذه من الوسائل القانونية فى حق العاقدين كليهما توزيعاً للغرم بينهما» ، وقد رأينا أن التقنين المدنى الجديد قد سد هذا النقص ، وأتى بالتشريع الذى كانت محكمة النقض تبتغيه . ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء الوطنى بقى ، فى ظل التقنين القديم ، عند موقفه من نظرية الحوادث الطارئة ، فقضت محكمة استئناف أسيوط بأنه ليس للمحاكم فى مصر أن تأخذ بنظرية الطوارىء ، بل عليها أن تحكم بتنفيذ العقود كما هى ، وتفسيرها ، لا إدخال أى تعديل فى الشروط المتفق عليها بين الطرفين[1] ، وعادت محكمة النقض إلى رفض النظرية مرة أخرى ، فقضت بأنه « ليس فى أحكام القانون المدنى (القديم) ما يسوغ للقاضى نقض الالتزامات التى يرتبها العقد ، بل إن هذا مناف للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين، ولئن كان هذا القانون فى المادة ١٦٨ قد أجاز للقاضى فى أحوال استثنائية أن يأذن فى الوفاء ، على أقساط أو بميعاد لائق إذا لم يترتب على ذلك ضرر جسيم لرب الدين ، وأجاز له فى المادة ٥١٤ أن ينظر فى أجر الوكيل المتفق عليه وتقديره بحسب مايستصوبه ، فهذا وذاك استثناء من الأصل كان لابد لتقريره من النص عليه . ثم إن ما كان من الشارع المصرى إبان الحرب العالمية الأولى وفى أعقابها وفى أثناء الحرب الثانية وعقب انتهائها من إصدار تشريعات مختلفة بوقف الآجال وإعطاء المهل والتدخل فى عقود الإجارة وتحديد أسعار الحاجيات والمواد الغذائية — ذلك يدل على أنه أراد أن يستبقى بيده زمام نظرية الطوارىء ، فيتدخل فيما شاء وقت الحاجة ، وبالقدر المناسب ، ولهذا فليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداع هذه النظرية ، بل عليه أن يطبق القانون كما هو . وعلى ذلك فالحكم الذى يرفض القضاء بفسخ العقد بالرغم من أن ظروف الحرب العالمية وطوارئها قد جعلت تنفيذ التزام العاقد عسيراً عليه مرهقاً له ، لايكون مخطئاً فى تطبيق القانون »[2] .

---

(١) ١٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢٣٨ ص ٦٨٣ .

(٢) نقض مدنى فى ١٥ مايوسنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٠ ص ٤٣٥ .

٤١٨ — ازدهارها فى القانون العام : على أن نظرية الحوادث الطارئة إذا كانت قد اندثرت فى القانون الخاص ، فقد ازدهرت فى القانون العام . بدأت فى القانون الدولى العام شرطاً ضمنياً مفروضاً فى المعاهدات الدولية ، فهى تنقضى بتغير الظروف (rebus sic stantibus) ، على ما هو معروف فى هذا القانون .

ثم انتقلت من القانون الدولى العام إلى القانون الإدارى . وكانت الحرب العالمية الأولى هى المناسبة التى وافت مجلس الدولة الفرنسى للأخذ بها فى قضية معروفة ، ثبت فيها أن شركة الغاز فى مدينة بوردو كانت ملزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ، ثم ارتفع سعر الغاز عقب نشوب الحرب من ثمانية وعشرين فرنكاً للطن فى سنة ١٩١٣ إلى ثلاثة وسبعين فرنكاً فى سنة ١٩١٥ . ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد[١] . ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإدارى فى هذا المعنى[٢] .

وقد أخذ القضاء الإدارى — دون القضاء المدنى — بنظرية الحوادث الطارئة لسببين :

(السبب الأول) أن الأقضية التى تعرض على القضاء الإدارى تتصل اتصالا وثيقاً بالصالح العام . ولذلك يحرص القضاء الإدارى على أن يوفق فى أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة . فإذا نظر قضية كقضية شركة الغاز التى أشرنا إليها ، وجب أن يحسب حساباً للخدمة العامة التى تقدمها الشركة للجمهور ، إذ هى تقوم بمرفق عام ، فلا يجوز أخذها بالعنت وإلا أفلست ، وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولا على حكم الحوادث الطارئة . أما القضاء المدنى فالكثرة

---

(١) مجلس الدولة الفرنسى فى ٣٠ يونيه سنة ١٩١٦ سيريه ١٩١٦ — ٣ — ١٧ .

(٢) مجلس الدولة الفرنسى فى ٨ فبراير سنة ١٩١٨ سيريه ١٩٢٤ — ٣ — ٢ . وفى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٢١ سيريه ١٩٢٣ — ٣ — ٣٣ . وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ — ٣ — ١٠٨ — [وانظر فى تطبيقات أخرى فى الخدمات العامة وفى المقاولات وفى عقد البيع وفى إيجار العمال وفى عقد الإجارة وفى عقد النقل أمام القضاء الإدارى والقضاء العادى فى فرنسا : حسين عامر فى القوة الملزمة للعقد فقرة ١٠٣ — فقرة ١١٠] .

الغالبة من أقضيته تتعلق بمصالح الأفراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة . فليس أمامه هذا الاعتبار الذى يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية إلى ما تقتضيه المصلحة العامة .

(والسبب الثانى) أن القضاء الإدارى ليس مقيداً بنصوص تشريعية كالقانون المدنى . فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع . وتيسر له على كل حال أن يماشى تطور الظروف . أما القضاء المدنى فمقيد بنصوص لا يستطيع الانحراف عنها إلا فى كثير من الجهد والمداورة . وهو يعرف القوة القاهرة ، ويعرف أن أهم شرط لها هو أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ، وإلا فإن الالتزام يبقى كما هو دون أن يعدل . فلا يسهل على القضاء المدنى أن يغير من هذه القواعد حتى يدخل شيئاً من المرونة على فكرة القوة القاهرة ، ويتدرج بها من المستحيل إلى المرهق ، ويجعل لكل منزلة حكمها . وحتى إذا كان هذا القضاء المدنى يختص بالنظر فى أقضية إدارية — كما كانت الحال فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة — فإنه ينزع إلى تطبيق نصوص القانون المدنى على هذه الأقضية الإدارية . وهذا ما فعلته محكمة النقض المصرية فى قضية توريد الأذرة إلى مصلحة الحدود وهى القضية التى سبقت الإشارة إليها . فقد كان من حق محكمة النقض بل من واجبها — والقضية التى تنظرها قضية إدارية — أن تسير وراء مجلس الدولة فى فرنسا فتأخذ بنظرية الحوادث الطارئة . ولكنها سارت وراء محكمة النقض الفرنسية فلم تأخذ بها .

وقد جد فى مصر ، لمصلحة تطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، أمران : (أولهما) إنشاء القضاء الإدارى ، وهو أكثر استعداداً لقبول هذه النظرية من القضاء المدنى . (والثانى) ظهور التقنين المدنى الجديد ، وقد وجد فيه القضاء المدنى ذاته النص الذى كان يلتمسه للأخذ بالنظرية .

٤١٩ — ظهورها أخيراً فى القانون الخاص : ومن ثم أخذت نظرية الحوادث الطارئة تنتعش فى السنين الأخيرة ، حتى فى دائرة القانون الخاص . فبدأت تظهر فى التقنينات الحديثة . ظهرت فى تقنين الالتزامات البولونى ، ثم فى التقنين المدنى الإيطالى الجديد ، ثم فى التقنين المدنى المصرى الجديد(١) .

أما تقنين الالتزامات البولونى فهو أول تقنين حديث اشتمل على نص عام فى نظرية الحوادث الطارئة . فقد نص فى المادة ٢٦٩ على ما يأتى : « إذا جدت حوادث استثنائية ، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكا كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية ، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد ، جاز للمحكمة ، إذا رأت ضرورة لذلك ، تطبيقاً لمبادىء حسن النية ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام ، أو أن تحدد مقداره ، بل وأن تقضى بفسخ العقد » .

ثم تلى تقنين الالتزامات البولونى التقنين المدنى الإيطالى الجديد ، فنص فى المادة ١٤٦٧ على ما يأتى : « فى العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدورى أو التنفيذ المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً على أثر ظروف استثنائية ، جاز للمتعاقد المدين بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة » .

وثالث التقنينات الحديثة التى اشتملت على نص عام فى نظرية الحوادث الطارئة هو التقنين المدنى المصرى الجديد . وقد مر بنا النص الذى وضعه لهذه النظرية فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ .

---

(١) أنظر فى هذه النظرية فى القانون الإنجليزى مقالا للأستاذ ليفى أولمان فى حوليات القانون التجارى سنة ١٩٢١ ص ٢٧٩ وسنة ١٩٢٢ ص ٤١ — ورسالة الدكتور حامد زكى فى نظرية الحوادث الطارئة فى القانون الإنجليزى باريس سنة ١٩٣٠ .

ونرى من ذلك أن نظرية الحوادث الطارئة أخذت تسلك طريقها إلى التقنينات الحديثة ، وأن ثلاثة من أحدث هذه التقنينات أوردت نصاً عاماً يقررها[1] .

ب — نظرية الحوادث الطارئة فى التقنين المدنى الجديد

٤٢٠ — شروط تطبيق النظرية : لنظرية الحوادث الطارئة شروط أربعة ، نبسطها فيا يلى ، ولم يأخذ التقنين المدنى الجديد بالشرط الأول منها :

(أولا) أن يكون العقد الذى تثار النظرية فى شأنه متراخياً : ذلك أن طروء حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وقت التعاقد — وهذا هو الأساس الذى تقوم عليه النظرية — يقتضى أن تكون هناك فترة من الزمن تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه[2] على أن العقد إذا كان غير متراخ ، وطرأت مع ذلك هذه الحوادث

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « وقد استحدث المشروع ... حكماً بالغ الأهمية ، إذا استثنى مبدأ الطوارىء غير المتوقعة من نطاق تطبيق القاعدة التى تحجر على القضاء تعديل العقود . وقد بادر القضاء الإدارى فى فرنسا إلى قبول هذا المبدأ ، ومضى فى هذا السبيل قدماً مخالفاً فى ذلك ما جرى عليه القضاء المدنى . ولما طرح الأمر على محكمة النقض المصرية اختارت مذهب القضاء المدنى فى فرنسا ، فلم تر الأخذ بنظرية الطوارى غير المتوقعة ، وألغت فى هذه المناسبة حكماً أصدرته محكمة الاستئناف على خلاف هذا الرأى. وقد احتذى المشروع مثال التقنين البولونى (م٢٦٩) فيا أورد من أحكام تشريعية فى هذا الشأن ، إلا أنه تقدم على هذا التقنين من ناحيتين : (ا) فيراعى من ناحية أنه رسم فى وضوح ما يفرق بين حالة الطوارىء غير المتوقعة وحالة القوة القاهرة من حدود . ففى الحالة الأولى يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدى على حد تعبير المشروع مرهقاً يجاوز حدود السعة دون أن يكون مستحيلا ، ومؤدى ذلك أن الحالة الثانية هى التى تتحقق فيها هذه الاستحالة . (ب) ويراعى من ناحية أخرى أنه قنع فى تحديد الحادث غير المتوقع بوضع ضابط للتوجيه ، دون أن يورد أمثلة تطبيقية فقهية الصبغة ، إذ جمع بين الحرب والوباء ، وبين هلاك المحصول بأسره فى بعض ما ساق من تطبيقات ، فخلط بذلك بين العلة والمعلول » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠) .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن نظرية الحوادث الطارئة لا تنطبق إلا عندما يكون الحادث قد طرأ فى فترة من الزمن تفصل ما بين إبرام العقد وتنفيذه . ورتبت على ذلك أنه إذا كان الالتزام قد نفذ فعلا قبل طروء الحادث فإنه ينقضى وبذلك يمتنع انطباق النظرية لأنها إنما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد (نقض مدنى ٢٠/١٢/١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٨٧ ص ١١٧٩) — كما قضت من جهة أخرى بأنه يجب لتطبيق نص المادة ٢/١٤٧ أن يكون الالتزام قائماً لم يتغير — فإذا كان الالتزام الأصلى قد تغير — دون تعديل المقابل — فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وإنما يحق للمحكمة =

الاستثنائية عقب صـــدوره مباشرة ، وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً ، فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية[1] . ولهـــذا آثر التقنين المصرى — مقتدياً فى ذلك بالتقنين البولونى — أن يسكت عن شرط التراخى فهو شرط غالب ، لا شرط ضرورى[2]

= استناداً إلى المادة ٢/١٤٨ إلزام الطرف الآخر بفرق السعر حتى تتوازن الالتزامات فى العقد بما تقتضيه العدالة وطبيعة الالتزام (نقض مدنى ١٩٦١/٥/١١ — مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٦٩ ص٤٦٦)] .

(١) [انظر عبد الحى حجازى (المصادر طبعة ١٩٦٢) ص ٥٧٣ حيث أورد حكمين لمحكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٣/١٠/٣١ (محاماة — ٣٤ — رقم ٨٢٨ ص ٣٧٠) وفى ١٩٥٤/٦/٢١ (محاماة — ٣٥ — رقم ١٣٤ ص ٣٥٩) — قررت المحكمة فيهما أن هذه النظرية تنطبق على العقود الزمنية وعلى العقود الفورية المؤجلة التنفيذ طالما أنه قد فصل بين انعقاد العقد وتنفيذه فاصل زمنى . وانظر رسالته فى عقد المدة ص ١٦٤ — ١٦٥] .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط فى تطبيق المادة ٢/١٤٧ أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارىء بل يكفى وجود التزام متراخى التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارىء وصار مرهقاً للمدين دون ما اعتبار لكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخياً كذلك (نقض مدنى ٢١ مارس ١٩٦٣ — مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٥ ص ٣٤٧] .

(٢) [وقد وجد فعلا ما يعزز وجهة نظر التقنين المصرى ، فقد صدر قانون الإصلاح الزراعى فى مصر واستحدث قيوداً خطيرة على ملكية الأرض الزراعية ، وهو دون شك حادث طرأ على عقود بيع مؤجلة التنفيذ تقع على هذه الأراضى ، فهذه البيوع ، وإن كانت منجزة ، تتأثر بهذا الحادث الطارىء . ويكفى أن يكون المشترى لم يدفع الثمن قبل صدور قانون الإصـلاح الزراعى ، حتى يستطيع أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة . على أنه إذا كان تراخى التنفيذ يرجع إلى خطأ المدين ، كما إذا كان التنفيذ واجباً فوراً ولم يكن الحادث قد طرأ عند ذلك ، ثم أهمل المدين فى التنفيذ حتى طرأ الحادث ، لم يجز له أن يفيد من إهماله ، ومن ثم لا يجوز له أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة (نقض مدنى ٣ يناير ١٩٦٣ — مجموعة أحكام النقض ١٤ — رقم ٣ — ص ٣٧) — (وعبد الحى حجازى — المصادر — طبعة ١٩٦٢ — فقرة ٣٦٥) — ومن باب أولى إذا صدر العقد ونفذ ثم جد الحادث الطارىء بعد التنفيذ فلا أثر لهذا الحادث . (أنظر بهذا المعنى نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ — الذى سبقت الإشارة إليه) . أما إذا طرأ الحادث قبل دفع الثمن ، أو قبل دفع جزء منه ، فالثمن أو الباقى منه يكون عرضة للانقاص بسبب الحادث الطارىء ، وما سبق دفعه قبل وقوع الحادث لا يناله تعديل] .

[هذا وقد طبقت محكمة النقض نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين إبرامها وتنفيذها فترة زمنية يطرأ فى خلالها حادث استثنائى غير متوقع يؤدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين . « ذلك أن تأجيل التنفيذ — كما تقول المحكمة — هو الباعث على حماية القانون التى قصد منها رفع العنت عن المدين وإصلاح ما اختل من التوازن العقدى نتيجة الظروف الاستثنائية الطارئة ، هذا الاختلال الذى يقوم فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ كما يقوم فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دورية . ويؤيد هذا النظر صدور =

= القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ ، الذى تنص مادته الأولى على أنه إذا كان سند المستولى لديه عقد بيع ثابت التاريخ قبل ٢٣ يوليه سنة ١٩٥٢ وكان الأجل المعين للوفاء بالثمن كله أو بعضه يحل أصلا بعد هذا التاريخ ، تحمل كل من البائع والمشترى نصف الفرق بين ثمن المستولى عليه من الأرض المبيعة والتعويض المستحق له على ألا يجاوز ما يتحمله البائع الباقى من الثمن ، وذلك كله دون إخلال بحقوق الطرفين طبقاً لأحكام القانون المدنى بالنسبة إلى باقى الصفقة ؛ وقد كان هذا القانون صورة واضحة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع . وليس صحيحاً أن المشرع بإصداره هذا القانون قد أبقى زمام تطبيق النظرية على عقود البيع بين يديه ، وأنه لم يرد حماية عقــود البيع الأخرى التى تأثرت بصدور قانون الإصلاح الزراعى — ذلك لأن تدخل المشرع فى هذه الحالة إنما قصد به تنظيم العلاقة بين البائع والمشترى عن طريق تحديد ما يجب أداؤه من ثمن الأطيان المبيعة التى أخضعت للاستيلاء عليها طبقاً لقانون الإصلاح الزراعى ، حتى لا تختلف معايير التقدير فى شأنها (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٨٦ ص ١١٧٤)] .

[وعادت محكمة النقض إلى تأكيد هذا المبدأ فى حكم آخر قالت فيه : « ولا يصح الاحتجاج على تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع التى يكون الثمن كله أو بعضه مؤجلا بما احتج به الحكم المطعون فيه من أن إرجاء دفع الثمن إنما قصد به تيسير التنفيذ على المشترى فلا ينبغى أن يضار به البائع ، ذلك أن الأجل شرط من شروط التعاقد فى الصفقة أصلا لولاه لما تمكن البائع من إبرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه ، فلا يعتبر والحال كذلك تأجيل تنفيذ التزام المشترى بدفع الثمن تفضلا من البائع . . . أما عن الأمر الثانى الذى استند إليه الحكم وهو أن قانون الإصلاح الزراعى لا يعتبر حادثاً استثنائياً عاماً فى مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى ، فانه أيضاً غير صحيح . ذلك أن الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارىء قد توافرت فى قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . فهو بحكم كونه قانوناً ، يعتبر حادثاً عاماً . وهو بعد حادث استثنائى لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكناً دفعه ، ولا يغير من اعتباره كذلك كونه تشريعاً ، ذلك أن نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى قد أطلق فى التعبير عن الحادث فلم يقيده بأن يكون عملا أو واقعة مادية . وغير صحيح ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أن صدور القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ وما ضمنته مذكرته الإيضاحية يؤيد وجهة نظره ، ذلك أن النتيجة التى رتبها القانون المذكور على صدور قانون الإصلاح الزراعى لا يمكن تفسيرها إلا على أساس اعتبار القانون الأخير ظرفاً طارئاً وإذا كان القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ قد اقتصر على إعمال أثر نظرية الظروف الطارئة على خصوصية بعينها ، وهى حالة ما إذا استولت الحكومة طبقاً لقانون الإصلاح الزراعى على أرض كان المستولى لديه قد اشتراها بعقد بيع ثابت التاريخ قبل ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢ وكان الأجل المعين لوفائه بالثمن كله أو بعضه يحل أصلا بعد هذا التاريخ إلا أن تدخل المشرع فى هــذه الحالة لم يقصد به قصر إعمال النظرية عليها وحدها ، وإنما قصد به تنظيم العلاقة فيها بين البائع والمشترى على وجه معين عن طريق تحديد ما يجب أداؤه من ثمن الأطيان المبيعة التى أخضعت للاستيلاء حتى لا تختلف معايير التقدير فى شأنها وقد حرص القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ على أن ينص فى نهاية المادة الأولى التى أورد فيها هذا الحكم على أن ذلك الحكم لا يخل بحقوق الطرفين طبقاً لأحكام القانون المدنى بالنسبة إلى باقى الصفقة ، وبديهى أن من هذه الأحكام التى رأى المشرع أن يخضع لها باقى الصفقة الذى لم يشمله الاستيلاء حكم الظروف =

أما التقنين الإيطالى فقد نص على الشرط ، بل عدد أنواع العقود التى تطبق فيها النظرية ، فهى العقود ذات التنفيذ المستمر أو ذات التنفيذ الدورى (وهذه هى العقود الزمنية التى مر ذكرها) والعقود ذات التنفيذ المؤجل . وتجتمع هذه العقود فى أن هناك فاصلا زمنياً ما بين صدور العقد وتنفيذه ، فهى عقود متراخية[1] .

(ثانياً) أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة : مثل ذلك زلزال ، أو حرب ، أو إضراب مفاجىء ، أو قيام تسعيرة رسمية ، أو إلغاؤها ، أو ارتفاع باهظ فى الأسعار ، أو نزول فاحش فيها ، أو وباء ينتشر ، أو جراد يزحف أسراباً . ونرى من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها . ولم يأت النص المصرى بأمثلة . تاركا ذلك للفقه والعمل . وكذلك فعل التقنين الإيطالى . أما التقنين البولونى فقد مثل للحوادث الاستثنائية بالحرب والوباء وهلاك المحصول هلاكا كلياً .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المصرى الجديد يقتصر على اشتراط أن تكون

= الطارئة الوارد فى الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ . ولو كان اتجاه المشرع إلى قصر تطبيق الحكم المذكور بالنسبة لعقود البيع المؤجل فيها الثمن على الخصوصية التى عالجها فى تلك المادة وإلى إنفاذ حكم العقد فيما عداها ، لقرر أن باقى الصفقة يخضع لحكم العقد أو لأغفل الاشارة كلية إلى ما يتبع فى شأنه » (نقض مدنى ٣ يناير سنة ١٩٦٣ — الذى سبقت الإشارة إليه) .

[وانظر فى هذا المعنى : سليمان مرقس : نظرية العقد طبعة ١٩٥٦ فقرة ٢٦٩ — ومصادر الالتزام طبعة ١٩٦٠ فقرة ٢٧٢ — عبد الحى حجازى المصادر طبعة ١٩٦٢ فقرة ٣٦٣ و ٣٦٤ أنور سلطان المصادر طبعة ١٩٥٥ فقرة ٣١٤ ص ٣٢٣ وطبعة ١٩٦٢ فقرة ٣٢٦ ص ٣٨١ — زكى سعيد البدرمانى فى شرح قانون الاصلاح الزراعى طبعة ١٩٥٣ جـ ١ فقرة ١٦٢ ص ٩٧ — وانظر عكس ذلك : محمد على عرفة فى شرح قانون الإصلاح الزراعى — الطبعة الثانية ص ٤٩] .

(١) أنظر الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٦٣ — ص ١٦٦ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص ٥٥٥ — هنا ويجب استبعاد العقود الاحتمالية وعقود المضاربة فى البورصة لأنها بطبيعتها تعرض أحد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو لمكسب كبير (بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص ٥٥٦) .

[نقض مدنى ٣ يناير ١٩٦٣ سابق الإشارة إليه — سليمان مرقس : المصادر طبعة ١٩٦٠ بند ٢٧٢ ص ٣٦٠ — عبد المنعم فرج الصدة بند ٢٩٤ ص ٣٣٦] .

الحوادث استثنائية ، كما فعل التقنينان البولونى والإيطالى . ولـكن لجنة المراجعة ، رغبة منها فى تضييق نطاق نظرية الحوادث الطارئة حتى لا تزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد اشترطت أن تـكون الحوادث الاستثنائية عامة . « والمراد بإضافة هذا الوصف — كما قيل فى اللجنة — أن الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تـكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تـكون عامة شاملة لطائفة من الناس ، كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض ، أو غارة غير منتظرة للجراد ، أو انتشار وباء[1] . » ويتبين من ذلك أن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين — كإفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله أو حريق محصوله — لا تكفى لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة[2] .

(ثالثاً) أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس فى الوسع توقعها : فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها ، فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ، ففيضان النيل (إلا إذا كان فيضاناً استثنائياً) ، واختلاف سعر العملة[3] ، وانتشار دودة القطن[4] ، كل هذه حوادث فى الوسع توقعها[5] . ويتفرع على أن الحادث لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ .

(٢) أنظر مادار من المناقشة فى هذا الصدد فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وقد نقلناه فى تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ (أنظر آنفاً فقرة ٤١٤ فى الهامش — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٣ — ص ٢٨٤) .

(٣) ومن ثم قضت المادة ١٣٤ من التقنين الجديد بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً ، التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر .

(٤) [وقد قضت محكمة استئناف الاسكندرية فى ١٩٥٤/١١/٢٤ (المجموعة الرسمية ٥٤ رقم ١٧٤ ص ٢٩٠) — بأن إصابة القطن بدودة اللوز أمر متوقع وإن كان شاذاً — (وانظر عبد الحى حجازى ص ٥٨٥ — ٥٨٦ بالهامش)] .

(٥) أنظر مادار من المناقشة فى هذا الصدد فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وقد نقلناه فى تاريخ نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ ، وقد قيل فى هذه اللجنة وفى لجنة المراجعة إن انتشار الدودة لا يعد حادثاً استثنائياً عاماً لأنه خطر متوقع ، أما الفيضان العالى غير المنتظر أو غارة الجراد غير المنتظرة أو انتشار الوباء فهذه حوادث ليس فى الوسع توقعها (انظر آنفاً فقرة ٤١٤ فى الهامش — وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٤) .

لا يستطاع دفعه ، فإن الحادث الذى يستطاع دفعه يستوى فى شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع .

(رابعاً) أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلا : وهنا نرى الفرق بين الحادث الطارىء والقوة القاهرة . فهما إذا كانا يشتركان فى أن كلا منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، إلا أنهما يختلفان فى أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا أما الحادث الطارىء فيجعل التنفيذ مرهقاً فحسب . ويترتب على هذا الفرق فى الشروط فرق فى الأثر . إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضى فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه[1] ، أما الحادث الطارىء فلا يقضى الالتزام[2] بل يرده إلى الحد المعقول فتتوزع

=[وقد قضت محكمة النقض بأن قوام نظرية الظروف الطارئة أو عمل الحاكم أن يكون الحادث استثنائياً وغير متوقع الحصول وقت انعقاد العقد ، فإذا كان الحكم قد نفى ذلك فيما أورده من أسباب ومنها أن رفع سعر اللحم لم يكن ظرفاً طارئاً غير متوقع إذا كان على كل متبصر بالأمور أن يتوقع زيادة فيه ما دامت الحرب قائمة ، فهذا تقرير موضوعى لا يجوز معه تمسك الطاعن بتلك النظرية (نقض مدنى ٨ نوفبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥ ص ٢٦)] .

(١) ولكن إذا كان العقد ملزماً للجانبين ؛ فالمدين الذى انقضى التزامه لاستحالة تنفيذه بقوة قاهرة يتحمل التبعة فى صورة أخرى ، فهو إذا لم يتحمل تبعة عدم تنفيذ التزامه ، إلا أن العقد ينفسخ ، فيسقط الالتزام المقابل الذى كان فيه هذا المدين دائناً ، فيتحمل المدين التبعة من هذه الجهة . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى الفسخ .

(٢) [وقد قضى بأن الحادث العارض الذى يجعل التنفيذ مرهقاً للملتزم فحسب (كارتفاع أثمان المبيعات موضوع عقد التوريد ارتفاعاً باهظاً) لا يؤدى إلى انقضاء الالتزام وإبراء ذمة الملتزم منه ، فإذا كان الحكم المستأنف قد انتهى إلى أن الحرب الكورية ليست قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام بتوريد سكر من فورموزا مستحيلا استحالة مطلقة ، استناداً إلى ما أبداه الملتزم من استعداده لتوريد السكر محل الالتزام بسعر مرتفع ، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون . (استئناف القاهرة فى ٢٨ /١١/١٩٦١ — المجموعة الرسمية (٦٠) رقم ٢٦ ص ١٩٧)] .

وقضت محكمة النقض بأن الالتزام العقدى لا ينفسخ إلا إذا أصبح الوفاء به مستحيلا استحالة مطلقة بسبب قوة قاهرة أو حادث جبرى طارىء لاقبل للمدين بدفعه أو توقعه وأن يكون ذلك بسبب أجنبى عنه وإذن فمتى كان المدين قد تعهد بتوريد مقدار معين من الذرة إلى إحدى الجهات الحكومية وكانت القرارات التى أصدرتها وزارة التموين إبان التعاقد ، بالاستيلاء على هذه الغلة لم تكن عامة بل تناولت كميات معينة منها وفى بعض الجهات دون بعضها ، فإنه لم يكن من المستحيل على المدين استحالة مطلقة تنفيذ تعهده. =

الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث[1] .

والإرهاق الذى يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارىء معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، بل يتغير بتغير الظروف . فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر . وما يكون مرهقاً لمدين فى ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين فى ظروف أخرى. والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة . فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى ، فإن التعامل مكسب وخسارة[2] .

وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التى أبرم فى شأنها العقد[3] . فلو أن المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، كانت الخسارة فادحة

= وسيان بعد ذلك أن يكون هذا التنفيذ قد أرهقه أو لم يرهقه خصوصاً إذا كان التعاقد قد تم فى ظل قيام الأحكام العرفية وفقاً للقانون الذى أجاز للسلطة القائمة على إجرائها الاستيلاء على المواد التموينية وبعد صدور مرسوم بتنظيم أوامر الاستيلاء التى تصدر بموجب القانون المذكور ، مما يجعل أوامر الاستيلاء متوقعة الحصول من وقت لآخر ، وينتفى معه القول بقيام القوة القاهرة : نقض مدنى ١٠/١١/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٩ ص ١٤٧٣] .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولما كانت نظرية الطوارىء غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة ، أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها ، فمن الأهمية بمكان أن نستبين وجوه التفرقة بين النظريتين . فالطارىء غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحتم . لكنه يفترق عنها فى أثره فى تنفيذ الالتزام . فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلا ، بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة . ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء . فالقوة القاهرة تفضى إلى انقضاء الالتزام ، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملة . أما الطارىء غير المتوقع فلا يترتب عليه إلا إنقاص الالتزام إلى الحد المعقول ، وبذلك يتقاسم الدائن والمدين تبعته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨١) .[

(٢) [قارن سليمان مرقس : نظرية العقد (طبعة ١٩٥٧) فقرة ٢٧١ ص ٣٤٣ — ومصادر الالتزام (طبعة ١٩٦٠) فقرة ٢٧٤ ص ٣٦٢ — ٣٦٣ . وانظر نقض ٢١ مارس ١٩٦٣ — السابق الإشارة إليه — مجموعة أحكام النقض ١٤ رقم ٥٥ ص ٣٤٧) حيث قضى بأن الخسارة المألوفة فى التعامل لا يعتد بها لأن نص المادة ٢/١٤٧ يستلزم فى الإرهاق الذى يصيب المدين فى تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارىء أن يكون من شأنه تهديد المدين بخسارة فادحة . وانظر عبد الحى حجازى المصادر — طبعة ١٩٦٢) بند ٣٦٨ ص ٥٨٣ حيث يقرر أن انعدام الربح أو نقصه لا يعد خسارة فادحة] .

(٣) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه لم يجاوز ، وهو بصدد بحث شرائط نظرية الحوادث الطارئة ، النطاق الواجب التزامه فى تحقيق شرط الإرهاق المهدد بالخسارة الفادحة للمشترى ، =

حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروته[1] . نعم إن ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار فى تقدير الخسارة الفادحة ، فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة ، ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التى أصبحت مرهقة ، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين . فإذا تعاقد الفرد مع الحكومة ، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة إليه ، فللحكومة أيضاً أن تتمسك قبله بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التى عقدتها تتهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة فى ذاتها ، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة إذ هى شىء هين بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة : بل إن الإرهاق لا ينتفى حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التى أصبحت مرهقة فى ذاتها . فإذا التزم تاجر بتوريد قمح ، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ، ثم علا سعر القمح لحادث طارىء أضعافاً مضاعفة ، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها فى الصفقة التى أبرمها . أما المكسب الذى يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به . ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعى بالنسبة إلى الصفقة المعقودة ، لا ذاتى بالنسبة إلى شخص المدين[2] .

= إذ نظر إلى الصفقة ذاتها ، مدللا من ظروفها وملابساتها على انتفاء ذلك الشرط ، وكان ما قرره فى شأن عدم تأثر الصفقة المتنازع عليها بالظروف الاستثنائية مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع ، فإنه لا يمكن النعى عليه بأنه قد خالف القانون (نقض مدنى ٧ /١٢/ ١٩٦١ — مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ١٢٥ ص ٧٥٢) — كما قضت بأن تقدير شرط الإرهاق منوط بالاعتبارات الموضوعية للصفقة ذاتها : نقض مدنى ١٠/٥/ ١٩٦٢ — مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٩٥ ص ٦٢٩] .

(١) [ذلك بأن الخسارة الفادحة لا يقصد بها الخسارة التى تؤدى إلى خراب المدين : انظر عبد الحى حجازى بند ٣٦٨ ص ٥٨٢ و ٥٨٣ وهامشها] .

(٢) انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٧ ص ٥٥٦ . [وعبد الحى حجازى بند ٣٦٧ ص ٥٨١ وهامشها وبند ٣٦٨] .

٤٢١ — الجزاء فى نظرية الظروف الطارئة : إذا توافرت الشروط المتقدمة الذكر ، « جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك »[1] . وكان المشروع النهائى للتقنين الجديد ينص على أن القاضى « ينقص » الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ولما كان الإنقاص لم يقصد به الإنقاص المادى وإنما قصد به تعديل الالتزام بتخفيف عبئه ، فقد رأت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ ، توخياً للدقة فى تحرى هذا المعنى ، أن تعدل نص المشروع النهائى ، فيصبح على القاضى أن « يرد » الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[2] . وهذا التعديل قد أزال كل شك فى أن القاضى مطلق اليد فى معالجة الموقف الذى يواجهه . فهو قد يرى أن الظروف لا تقتضى إنقاص الالتزام المرهق ، ولا زيادة الالتزام المقابل ، بل وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارىء . وقد يرى زيادة الالتزام المقابل . وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق .

قد يرى القاضى وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارىء إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال فى وقت قصير[3] . مثل ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى ، وترتفع أسعار بعض مواد البناء لحادث طارىء ارتفاعاً فاحشاً ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب انفتاح باب الاستيراد ، فيقف القاضى التزام المقاول بتسليم المبنى فى الموعد المتفق عليه ، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق ، إذا لم يكن فى هذا الوقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى[4] .

---

(١) هذه هى العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٤ — ص ٢٨٦ — أنظر أيضاً آنفاً فقرة ٤١٤ (فى الهامش) .

(٣) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ .

(٤) قارب من ذلك نظرة الميسرة المنصوص عليها فى المادة ٣٤٦ فقرة ثانية .

وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق . وقد ضرب لذلك مثل في لجنة القانون المدني لمجلس الشيوخ : « تعهد تاجر بأن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب ، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات ، فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد »[١] . ولكن يلاحظ هنا أمران : (الأمر الأول) أن القاضي لا يرفع السعر الوارد في العقد إلى أربعة جنيهات ، وإلا كان في ذلك تحميل للطرف الآخر ، ليس فحسب تبعة الارتفاع الفاحش للأسعار بأكمله ، بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف . والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يتحمله المدين ، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوف. فإذا فرضنا في المثل الذي نحن بصدده أن الارتفاع المألوف في سعر الشعير هو عشرون قرشاً ، وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار دون أن يشترك معه فيه الطرف الآخر. وما زاد على ذلك — ويبلغ في مثلنا ثلثمائة وعشرين قرشاً — هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضي بين المتعاقدين ، حتى يتحمل كل منهما نصيبه في الخسارة غير المتوقعة ، فيصيب المتعهد منه مائة وستون قرشاً . ويرفع القاضي السعر ، ومقداره ستون ، بنصف الزيادة غير المألوفة ومقداره مائة وستون ، فيصل إلى مائتين وعشرين . وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلا من السعر المتفق عليه . (والأمر الثاني) أن القاضي عند ما يرفع السعر من ستين إلى مائتين وعشرين ، لا يفرض على الطرف الآخر أن يشتري بهذا السعر ، بل يخيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد . فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين ، إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارىء .

وقد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق . مثل ذلك أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع من مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية . ثم يقل المتداول في السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارىء : حرب منعت استيراد السكر ، أو إغلاق بعض مصانع السكر ، أو نحو ذلك . فيصبح من العسير على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها . فيجوز في هذه الحالة للقاضي أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٥ .

الذى يراه ، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول . فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التى عينها القاضى لا أكثر ، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين . فيجوز لمصنع الحلوى أن يتقاضى الالتزام عيناً أو تعويضاً طبقاً للقواعد العامة . ويجوز له كذلك ، إذا امتنع التاجر عن تنفيذ التزامه المعدل ، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض . وإذا كان الالتزام المرهق ثمن مبيع ، جاز للقاضى إنقاصه أو إنقاص فوائده ، أو إسقاط هذه الفوائد ، أو مد الآجال التى يدفع فيها .

ويلاحظ فى حالتى إنقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل أن القاضى لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر ، ولا شأن له بالمستقبل لأنه غير معروف . فقد يزول أثر الحادث الطارىء ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل ، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان فى الأصل[1] .

وإذا جاز للقاضى أن يقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد فى الالتزام المقابل ، فإنه لا يجوز له فسخ العقد[2] . ذلك أن النص لا يجعل له إلا أن « يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » . فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضى ، ولكن يرد إلى الحد المعقول . فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارىء بين المدين والدائن ، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[3]. أما التقنين البولونى فقد أجاز للقاضى فسخ العقد إذا رأى ضرورة لذلك ، كما يتبين من نص المادة ٢٦٩ من هذا القانون وقد مر ذكرها . ويعالج التقنين الإيطالى المسألة بطريقة أخرى . فهو يقضى — كما

---

(١) بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٩٦ ص ٥٥٨ .

(٢) [ومن باب أولى لا يجوز المتعاقد أن يستقل بفسخ العقد بحجة أن ظروفا طرأت جعلت تنفيذ العقد مرهقاً له (نقض ٢٤ يناير ١٩٥٧ — مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١ ص ٩٨)] .

(٣) وقد قيل فى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ « إن أساس النظرية هو تضحية من الجانبين ، وليس إخلاء أيهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة ، لا أن يتحملها أحدهما بإبطال العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٤ — وانظر آنفاً فقرة ٤١٤ فى الهامش) .

رأينا من نص المادة ١٤٦٧ من هذا التقنين — بفسخ العقد لمصلحة المدين المرهق ، ولكن يجعل للمتعاقد الآخر الحق فى أن يدرأ طلب الفسخ بأن يعرض تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة . وقد أراد التقنين الإيطالى بالطريقة التى اختارها أن يجعل تعديل العقد من عمل المتعاقد لا من عمل القاضى ، ولكنه يفرض عليه هذا التعديل عن طريق تهديده بفسخ العقد[1].

ويبقى أن نلاحظ فى شأن الجزاء الذى قرره التقنين المصرى الجديد لنظرية الظروف الطارئة أمرين : (١) هو أنه مع مرونته يعتبر من النظام العام . فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه . وقد صرح النص بهذا الحكم إذ قال : « ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك »[2]. (٢) أن مهمة القاضى فى توقيع هذا الجزاء المرن تختلف عن مهمته

---

(١) والجزاء الذى جعله التقنين المصرى الجديد لنظرية الظروف الطارئة — وهو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول — هو كما نراه جزاء مرن ييسر على القاضى أن يعالج كل حالة بحسب ظروفها الخاصة مع الموازنة بين مصلحة الطرفين . ولم يجعل التقنين معيار النظرية ذاتياً ، بل جعله معياراً موضوعياً يحد من تحكم القاضى . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « وإذا كانت نظرية الطوارىء غير المتوقعة تستجيب لحالة ملحة تقتضيها العدالة ، فهى تستهدف للنقد باعتبارها مدخلا لتحكم القاضى . بيد أن المشروع قد جهد فى أن يكفل لها نصيباً من الاستقرار ، فأضفى عليها صبغة مادية يتجلى أثرها فى تحديد الطارىء غير المتوقع وفى إعمال الجزاء الذى يترتب على قيامه . فلم يترك أمر هذا الطارىء للقضاء يقدره تقديراً ذاتياً أو شخصياً ، كما فعل القانون البولونى فى نصه على إثبات خيار المحكمة فى هذا الصدد إذا رأت ضرورة لذلك ، بل اتخذ المشروع من عبارة « إن اقتضت العدالة ذلك » ، (وقد استبدل بها فى لجنة المراجعة عبارة « تبعاً للظروف » وهى لا تقل فى الموضوعية) بديلا من هذا النص ، وهى عبارة تحمل فى ثناياها معنى الإشارة الى توجيه موضوعى النزعة . وفضلا عن ذلك فإذا تثبت القاضى من قيام الطارىء غير المتوقع ، وعمد إعمال الجزاء بإنقاص الالتزام الذى أصبح يجاوز السعة ، فهو ينقص منه إلى « الحد المعقول » ، وهذا قيد آخر مادى الصبغة لا نظير له فى التقنين البولونى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٠ — ص ٢٨١) .

(٢) وقد اقترحت هذه الإضافة فى لجنة المراجعة ، وروعى فى إثباتها أن الجزاء قد يغدو صورياً لاقيمة له إذا سمح للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً على ما يخالفه ، فيستطيع المتعاقد القوى أن يملى شرط المخالفة دائماً على المتعاقد الضعيف ، وهذا ضرب من الإذعان تفاداه التقنين الجديد بهذا النص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) . وإذا كان التقنين الجديد قد أباح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة (م ٢١٧ فقرة أولى) ولم يبح الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث الطارىء وهو أقل خطراً من القوة القاهرة ، فذلك لأن الاتفاق على تحمل المدين لتبعة القوة القاهرة إنما هو ضرب من التأمين لا يقدم =

المألوفة . فهو لا يقتصر على تفسير العقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله[1] .

٤٢٢ — تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة فى القانون الجديد : ولم يقتصر التقنين الجديد على إيراد نص عام يقرر فيه نظرية الظروف الطارئة ، بل أورد إلى جانب هذا النص العام نصوصاً أخرى تطبق النظرية فى حالات خاصة .

ومن هذه النصوص نصان لم يستحدثهما التقنين الجديد ، بل كان التقنين القديم يشتمل عليهما ، نص فى نظرة الميسرة[2] ، والآخر فى جواز تخفيض أجر الوكيل[3] .

واستحدث التقنين الجديد نصوصاً أخرى ، سبقت الإشارة إليها ، وهى تطبيقات صريحة لنظرية الظروف الطارئة . من ذلك ما نراه فى عقد الإيجار[4] ، وفى عقد

= المدين عليه مضطراً ، أما الاتفاق على تحمل المدين لتبعة الحادث الطارىء فمغامرة قد تهون حالة الاضطرار الإقدام عليها [قارن سليمان مرقس (نظرية العقد فقرة ٢٧٣) ومصادر الالتزام بند ٢٧٦] هذا ويجوز للمدين المرهق ، بعد وقوع الحادث الطارىء ، أن يتفق مع دائنه على ما يخالف هذا الجزاء ، إذ الاتفاق عندئذ لا يحاط بشبهة الضغط على المدين . فيجوز للمدين إذن أن ينزل عن حقه فى التمسك بالحادث الطارىء وأن يتعهد بوفاء التزامه كاملا غير منقوص .

(١) وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « ويراعى أخيراً أن تطبيق نظرية الطوارىء غير المتوقعة ونظرية الاستغلال يخرج بالقاضى من حدود المألوف فى رسالته ، فهو لا يقتصر على تفسير التعاقد ، بل يجاوز ذلك إلى تعديله » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٨٢) .

(٢) تنص المادة ٣٤٦ فقرة ٢ من التقنين الجديد على أنه « يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزمه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » . وهذا النص قد يكون فى بعض صوره تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة إذا وقف القاضى تنفيذ العقد لحادث طارىء ، وقد مرت الإشارة إلى ذلك .

(٣) تنص المادة ٧٠٩ فقرة ٢ من التقنين الجديد على أنه « إذا اتفق على أجر للوكالة ، كان هذا الأجر خاضعاً لتقدير القاضى » . وهنا أيضاً قد يكون هذا النص فى بعض صوره تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة إذا جد بعد إبرام الوكالة حادث طارىء يبرر تخفيض أجر الوكيل أو زيادته .

(٤) تنص المادة ٦٠٨ التقنين الجديد على أنه « إذا كان الإيجار معين المدة ، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو فى أثناء سريانه مرهقاً ، على أن يراعى من يطلب إنهاء العقد مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة بالمادة ٥٦٣ ، وعلى أن يعوض الطرف الآخر تعويضاً عادلاً » . وتنص المادة ٦٠٩ على أنه « يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن يغير محل إقامته أن يطلب إنهاء إيجار مسكنه إذا كان هذا =

المقاولة[1] ، وفى حق الارتفاق[2] .

وهذه الحالات الخاصة يجب أن تخضع للنصوص التشريعية التى وردت فى شأنها ، حتى لو خرجت هذه النصوص على القواعد المقررة فى نظرية الظروف الطارئة . من ذلك أنه لا يشترط فى أكثر هذه الحالات أن يكون الحادث الطارئ حادثاً عاماً ، بل يجوز أن يكون حادثاً شخصياً . ومن ذلك أيضاً أن الجزاء فى أكثر هذه الحالات قد يصل إلى حد فسخ العقد .

٤٢٣ — سريان الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من حيث الزمان : وقد رأينا فيما قدمناه أن التقنين القديم لم يكن يشتمل على نص فى نظرية الحوادث الطارئة ، وأن التقنين الجديد هو الذى استحدث هذا النص . ولما كان النص جديداً ، وجب البحث عن مدى

= الإيجار معين المدة ، على أن يراعى المواعيد المبينة فى المادة ٥٦٣ ، ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك » . وتنص المادة ٦٠١ على أنه « إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا إنهاء العقد إذا أثبتوا أنه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم ، أو أصبح الإيجار مجاوزاً حدود حاجتهم . وفى هذه الحالة يجب أن تراعى مواعيد التنبيه بالإخلاء المبينة فى المادة ٥٦٣ وأن يكون طلب إنهاء العقد فى مدة ستة أشهر على الأكثر من موت المستأجر » . أنظر أيضاً م ٦١٦ فقرة ٢ فى إيجار الأراضى الزراعية — ويلاحظ أن الحوادث الطارئة فى هذه الحالات جميعها هى حوادث شخصية لا عامة .

(١) تنص المادة ٦٥٨ فقرة ٤ من التقنين الجديد على أنه « إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » — ويلاحظ هنا أن الحادث الطارىء هو حادث استثنائى عام ، كما تقضى بذلك نظرية الحوادث الطارئة ، ولكن النص أجاز للقاضى فسخ العقد على خلاف ماتقضى به هذه النظرية .

(٢) تنص المادة ١٠٢٣ فقرة ٢ من التقنين الجديد على أنه « إذا كان الموضع الذى عين أصلا (لاستعمال حق الارتفاق) قد أصبح من شأنه أن يزيد فى عبء الارتفاق ، أو أصبح الارتفاق مانعاً من إحداث تحسينات فى العقار المرتفق به ، ، فلما لك هذا العقار أن يطلب نقل الارتفاق إلى موضع آخر أو إلى عقار آخر يملكه هو أو يملكه أجنبى إذا قبل الأجنبى ذلك . كل هذا متى كان استعمال الارتفاق فى وضعه الجديد ميسوراً لمالك العقار المرتفق بالقدر الذى كان ميسوراً به فى وضعه السابق » . وتنص المادة ١٠٢٩ على أن « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب ألبتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . أنظر أيضاً المادتين ١٠٢٤ و ١٠٢٥ — وهنا الحادث الطارىء هو حادث شخصى لا حادث عام .

سريانه من حيث الزمان لأهمية ذلك من الناحية العملية . ونميز فى هذا الصدد بين أحوال ثلاث :

الحالة الأولى — عقد أبرم وينتهى تنفيذه قبل نفاذ التقنين الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) : لا شك فى أن القانون القديم هو الذى يسرى على هذا العقد ، فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة فى شأنه ، وهذا ما كان القضاء يجرى عليه فى ظل التقنين القديم.

الحالة الثانية — عقد أبرم بعد نفاذ التقنين الجديد : لا شك هنا أيضاً فى أن التقنين الجديد هو الذى يسرى ، وتطبق فى شأن هذا العقد نظرية الحوادث الطارئة على النحو الذى فصلناه .

الحالة الثالثة — عقد أبرم قبل نفاذ التقنين الجديد وتراخى تنفيذه إلى ما بعد نفاذ هذا التقنين . كانت قاعدة استمرار القانون القديم (survie de la loi ancienne) تقضى بسريان التقنين القديم على هذا العقد ، فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة[١] . ولكن لما كانت أحكام هذه النظرية تعتبر من النظام العام كما قدمنا ، فإنها تسرى بأثر فورى (effet rétroactif) على وقائع التنفيذ التى تستجد منذ نفاذ التقنين الجديد ، ولا تسرى بأثر رجعى (effet rétroactif) على وقائع التنفيذ التى تمت قبل نفاذ هذا القانون[٢] .

---

(١) والأصل أن العقد يحكمه القانون الذى انعقد فى ظله ، سواء من حيث تكوينه أو من حيث آثاره أو من حيث انقضاؤه . حتى أنه لو تكون العقد فى ظل قانون معين ، ثم أنتج أثره أو انقضى فى ظل قانون آخر ، فقانون العقد هو القانون الأول ، ويستبعد القانون الجديد فى تطبيقه الرجعى (rétroactif) وفى تطبيقه الفورى (immédiat) على السواء (أنظر روبييه (Roubier) فى تنازع القوانين من حيث الزمان ١ ص ٥٦٥ — وانظر فى سريان التشريع الجديد على العقود الزمنية أو المدة رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٤٣ — ص ١٤٧) .

(٢) القاعدة أنه إذا كان القانون الجديد معتبراً من النظام العام ، طبق بأثر فورى — لا بأثر رجعى — على الحوادث التى تستجد من وقت سريان هذا القانون — مثل ذلك أن يعدل القانون جديد من السعر الاتفاق للفائدة ، فيسرى السعر الجديد حتى على العقود التى أبرمت قبل سريان قانون الجديد ، ولكن بالنسبة إلى الفوائد التى تستحق منذ سريان هذا القانون . أما الفوائد التى استحقت قبل ذلك ، فلا يسرى عليها القانون الجديد بأثر رجعى (أنظر هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد تخفيض =

المبحث الثانى

المسئولية العقدية (جزاء العقد)*

(La Responsabilité Contractuelle)

= السعر الاتفاقى (من ٨ ٪ إلى ٧ ٪) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٥٤ — وانظر عكس ذلك محكمة النقض الفرنسية فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٢ جازيت دى باليه فى ٢ مارس سنة ١٩٤٣ وقد أشير إلى هذا الحكم فى رسالة الدكتور عبد الحى حجازى ص ١٤٧) .

[وانظر فى المعنى الذى نقول به : أنور سلطان مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٥ فقرة ٣١٥ ص ٣٢٦ وطبعة ١٩٦٢ فقرة ٣٢٧ ص ٣٨٣ — ٣٨٤ وهامشها — وانظر عكس ذلك وأن أحكام التقنين الجديد لا تسرى حتى على وقائع تنفيذ العقد التى تستجد منذ نفاذ التقنين الجديد : حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ فقرة ٣٤٧ ص ٣٢١ — سليمان مرقس : المصادر طبعة ١٩٦٠ فقرة ٢٧٧ ص ٣٦٦ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢٩٩ ص ٣٤٢ — وانظر فى أن العبرة ليست بتاريخ إبرام العقد بل بتاريخ طروء الحادث فإن طرأ بعد نفاذ التقنين الجديد سرت أحكام هذا التقنين وإلا لم تسر : عبد الحى حجازى — مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٢ فقرة ٣٧٥ ص ٥٩٢] .

(*) بعض المراجع : مازو فى المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية — سافاتييه فى المسئولية المدنية — بنكاز (ملحق بودرى) جزء ٢ — ديموج فى الالتزامات جزء ٦ — بلانيول وريبير وإسمان جزء ١ — نبواييه مذكرات لقسم الدكتوراه — هنرى مازو مذكرات لقسم الدكتوراه — جراعولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ — مينييه (Meynié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ — فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ — مارى مادلين ديفور (Marie-Mad. Dufort) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — رينولت (Renault) رسالة من باريس سنة ١٩٣٨ — أميو (Amiot) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٥ — رابيت (Rabut) رسالة من باريس غير مطبوعة سنة ١٩٤٦ — ليفبفر (Lefebvre) مقال فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٦ — إميل بيكيه (Emile Becqué) مقال فى مجلة القانون المدنى الفصليــة سنة ١٩١٤ ص ٢٥١ — ٣٢٠ — كروزيل (Crouzel) مقال فى المجلة العامة سنة ١٩٢٦ ص ١١ و ٦٥ — هنرى مازو مقال فى المجلة الفصلية سنة ١٩٢٩ ص ٥٥١ — إسمان مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ وما بعدها — فينى (Vigny) مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٣٥ ص ٤٢ وما بعدها — بيندكس (Beindix) مقال فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٩ ص ٦٥٧ — جاردينا (Gardenat) تعليق فى الأسبوع القانونى (Sem. Jur.) ١٩٣٩ — ١ — ١٠٢ — تونك (Tunc)، مقال فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٤٥ ص ٣٣٥ وما بعدها — صليب سامى مقال فى المحاماة سنة ١٢ عدد ٩ — نصيف زكى مقال فى المحاماة سنة ١٣ عدد ٢ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٤٨ وما بعدها — حلمى بهجت بدوى فقرة ٢٨٦ وما بعدها — [حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ فقرة ٣٤٩ وما بعدها — سليمان مرقس المصــادر طبعة ١٩٦٠ فقرة ٣٧٩ وما بعدها — أنور سلطان المصادر طبعة ١٩٦٢ فقرة ٣٢٩ ص ٣٨٥ وما بعدها — عبد المنعم فرج =

٤٢٤ — نطاق المسئولية العقدية[1] : المسئولية العقدية تقابل المسئولية التقصيرية . فالأولى جزاء العقد ، والثانية جزاء العمل غير المشروع . ويعنينا هنا المسئولية العقدية ، أما المسئولية التقصيرية فستكون محل البحث عند الانتقال إلى العمل غير المشروع كمصدر للالتزام .

وقيام المسئولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه فنى هذه الحالة تقول الفقرة الأولى من المادة ١٩٩ : « ينفذ الالتزام جبراً على المدين » . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٢٠٣ : « يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً » . فإذا أمكن التنفيذ العينى — وطلبه الدائن — أجبر المدين عليه . وإلى هنا لا تقوم المسئولية العقدية ، إذ نحن فى صدد التنفيذ العينى للالتزام لا فى صدد التعويض عن عدم تنفيذه . أما إذا لم يمكن التنفيذ العينى — أو أمكن ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبد المدين استعداده للتنفيذ العينى — فنى هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه ، جزاء عدم تنفيذ الالتزام . وهنا تقوم المسئولية العقدية . فالدائن يطالب المدين بالتعويض . فعلى القاضى أن يبحث هل المدين مسئول حقاً عن عدم تنفيذ التزامه العقدى . وتجيب المادة ٢١٥ — وهى نص جوهرى فى كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ومن ثم وضعت فى الباب المعقود لآثار الالتزام — بأنه «إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه» . فما هى إذن الأركان التى تقوم عليها المسئولية العقدية ؟ وما هى الآثار التى تترتب عليها إذا قامت أركانها ؟ هذه هى فى إيجاز المسائل التى تشتمل عليها المسئولية العقدية .

= الصدة فقرة ٣٠٢ ص ٣٤٤ وما بعدها — حسين عامر فى المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية سنة ١٩٥٦ وفى القوة الملزمة للعقد سنة ١٩٤٩ — جاستون ستيفانى — مذكرات لقسم الدكتوراه جامعة القاهرة سنة ١٩٤٥ — ١٩٤٦] .

(١) سنحدد بالتفصيل نطاق المسئولية العقدية عند مقابلتها بالمسئولية التقصيرية (أنظر ما يلى فقرة ٥١٣) .

ويتبين مما تقدم أن المسئولية العقدية لا شأن لها بالتنفيذ العيني للالتزام العقدي[1] . وهي أيضاً لا تتحقق إذا أثبت المدين أن الالتزام قد استحال تنفيذه بسبب أجنبي . وإنما تتحقق المسئولية العقدية إذا لم ينفذ المدين التزامه العقدي تنفيذاً عينياً ولم يستطع أن يثبت أن التنفيذ قد استحال بسبب أجنبي .

٤٢٥ — تشتت مسائل المسئولية العقدية — خطة البحث : ومسائل المسئولية العقدية على النحو الذي بسطناه موزعة في أمكنة متفرقة ونحن نلم شتاتها هنا . ولكنا مع ذلك نترك الكلام في التمييز بينها وبين المسئولية التقصيرية ، وهل تتعدد المسئوليتان ، وهل تجوز الخيرة بينهما إذا تعددتا ، إلى باب العمل غير المشروع . ونترك كذلك الكلام في تقدير التعويض تقديراً قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً ، وما يسبق استحقاق التعويض من إعذار ، إلى الجزء الذي نتناول فيه الكلام في آثار الالتزام[2] .

ويبقى بعد ذلك من مسائل المسئولية العقدية أركانها وآثارها كما قدمنا . لكنا — توخياً للايجاز — سندمج آثار المسئولية العقدية في أركانها ، على خلاف الخطة التي سنتبعها في المسئولية التقصيرية إذ يقتضي المقام هناك الإسهاب والتبسط[3] .

وأركان المسئولية العقدية — كأركان المسئولية التقصيرية — ثلاثة : (١) الخطأ العقدي . (٢) الضرر . (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر . ونبحثها الآن ركناً ركناً .

---

(١) ويترتب على ذلك ألا قيام للمسئولية العقدية إذا كان محل الالتزام العقدي هو دفع مبلغ من النقود فالتنفيذ العيني هنا ممكن دائماً ، ولا محل للمسئولية العقدية (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٨٧) .

(٢) [انظر الوسيط جـ ٢ ص ٨٢٦ فقرة ٤٦٢ وما بعدها] .

(٣) وننبه إلى أن كثيراً من أحكام المسئولية التقصيرية تسري على المسئولية العقدية . ونستطيع أن نقرر بوجه عام أن كل ما سيقال في المسئولية التقصيرية ينطبق على المسئولية العقدية إلا إذا تعارض مع القواعد الخاصة التي نقررها في المسئولية العقدية . فمن المسائل التي تتحد فيها أحكام هذين النوعين من المسئولية : علاقة السببية والسبب الأجنبي — السبب المنتج والسبب المباشر — دعوى المسئولية — تقدير الضرر — التأمين من المسئولية الخ الخ .

المطلب الأول

الخطأ العقدى

(La faute contractuelle)

٤٢٦ — مسائل ثلاث : الأصل أن يكون المدين مسئولا عن خطأه الشخصى . ولكنه قد يكون مسئولا عن عمل الغير أو عن الأشياء التى فى حراسته ، كما هو الأمر فى المسئولية التقصيرية . وقد تعدل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

فنحن نبحث إذن مسائل ثلاثاً : (١) الخطأ العقدى فى مسئولية المدين عن عمله الشخصى . (٢) المسئولية عن الغير أو عن الأشياء . (٣) تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق أو عن طريق التأمين .

§ ١ — الخطأ العقدى فى مسئولية المدين عن عمله الشخصى

٤٢٧ — ماهو الخطأ العقدى : نبادر إلى القول بأن الخطأ العقدى هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشىء من العقد . فالمدين قد التزم بالعقد ، فيجب عليه تنفيذ التزامه . والنصوص كثيرة فى هذا المعنى . تقول المادة ١٤٧ فقرة أولى : «العقد شريعة المتعاقدين» وتقول المادة ١٤٨ فقرة أولى : « يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه » . وتقول المادة ١٩٩ فقرة أولى : (ينفذ الالتزام جبراً على المدين) . وتقول المادة ٢٠٣ فقرة أولى : (يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين ٢١٩ و ٢٢٠ على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً)[١] . وتقول المادة ٢١٥ : (إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه) .

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن التنفيذ العينى للالتزام هو الأصل . والعدول عنه إلى التعويض النقدى هو رخصة لقاضى الموضوع يستخدمها كلما رأى فى التنفيذ العينى إرهاقاً للمدين وبشرط ألا يلحق ذلك ضرراً جسيما بالدائن : نقض مدنى ١٤/٤/١٩٥٥ — مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٩٦٩] .

فإذا لم يقم المدين فى العقد بالتزامه كان هذا هو الخطأ العقدى . ويستوى فى ذلك أن يكون عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن عمده ، أو عن إهماله ، أو عن فعله (أى دون عمد أو إهمال)(١) . بل إن الخطأ العقدى يتحقق حتى لو كان عدم قيام المدين بالالتزام ناشئاً عن سبب أجنبى لا يد له فيه كالقوة القاهرة . ولكن يلاحظ فى هذه الحالة الأخيرة أنه إذا تحقق الخطأ العقدى ، فإن علاقة السببية — وهى ركن فى المسئولية العقدية — تنعدم ، ولا تتحقق المسئولية على ما سنرى . وعلى هذا الوجه ينبغى فهم المادة ٣٧٣ ، وهى تنص على أنه « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه » . فانقضاء الالتزام هنا إنما يكون نتيجة لاستحالة تنفيذه عيناً ولعدم تحقق المسئولية العقدية بانعدام أحد أركانها .

ويتبين مما قدمناه أن الخطأ العقدى ليس هو إلا عدم قيام المدين بالتزامه الناشىء عن العقد ، أياً كان السبب فى ذلك(٢) .

٤٢٨ — نوعان من الالتزامات : الالتزام بتحقيق غاية والالتزام ببذل عناية : ولكن يجب فى هذا الصدد أن نميز بين نوعين من الالتزامات .

فهناك التزام تنفيذه لا يكون إلا بتحقيق غاية معينة هى محل الالتزام . فالالتزام بنقل حق عينى — أياً كان محل الحق — والالتزام بعمل معين — تسليم عين أو إقامة مبنى أو نحو ذلك — والالتزام بالامتناع عن عمل معين ، كل هذه الالتزامات يقصد بها تحقيق غاية معينة ، هى نقل الحق أو القيام بالعمل أو الامتناع عن العمل ، فتنفيذها لا يكون إلا بتحقيق هذه الغاية . فإذا لم تتحقق الغاية — أياً كان السبب فى ذلك — بقى الالتزام غير

(١) [وإن كان الخطأ العمدى يجعل المدين مسئولا حتى عن الضرر غير المتوقع . انظر حشمت أبو ستيت ص ٣٠٦ هامش ٢] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر فى ذاته خطأ موجباً للمسئولية التى لا يدرأها عنه إلا إثبات القوة القاهرة أو خطأ الدائن : نقض مدنى ١٠ مارس ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٠١ ص ٧٦٣] .

[وانظر الدكتور حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ بند ٣٠٤] .

منفذ . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام فى الفقه الفرنسى بعبارة (obligation de résultat) ، ونسميه نحن « الالتزام بتحقيق غاية »[1].

وهناك التزام لا يرمى إلى تحقيق غاية معينة ، بل هو التزام ببذل الجهد للوصول إلى غرض ، تحقق الغرض أو لم يتحقق . فهو إذن التزام بعمل ، ولكنه عمل لا تضمن نتيجته . والمهم فيه أن يبذل المدين لتنفيذه مقداراً معيناً من العناية . والأصل أن يكون هذا المقدار هو العناية التى يبذلها الشخص العادى ، ويزيد هذا المقدار أو ينقص تبعاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . فمتى بذل المدين العناية المطلوبة منه ، يكون قد نفذ التزامه ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود . فالمستأجر يجب عليه أن يبذل من العناية فى استعمال العين المؤجرة وفى المحافظة عليها ما يبذل الشخص المعتاد (م ٥٨٣ فقرة أولى) . وعلى المستعير أن يبذل فى المحافظة على الشىء العناية التى يبذلها فى المحافظة على ماله دون أن ينزل فى ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١ فقرة أولى) . وإذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية فى حفظ الشىء ما يبذله فى حفظ ماله دون أن يكلف فى

---

(١) [انظر فى التمييز بين الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة : ديموج بند ١٢٣٧ فى الجزء الخامس وبند ٥٩٩ فى الجزء السادس — ومقال مازو فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٦ ص(١) وما بعدها — مقال توماس فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٧ ص ٤٦٠ وما بعدها — تونك فى الطبعة الخامسة من مطول مازو فى المسئولية جـ١ بند ٦٦٢ ص٧٢٧ — ومقال له فى جوريس كلاسير الدورى سنة ١٩٤٥ — ١ — ٤٤٩ . اميليو بيتى : الالتزامات فى القانون المدنى المقارن — دروس للدكتوراه بجامعة القاهرة ١٩٥٧ / ١٩٥٨ (طبعة ميلانو ١٩٥٨ باللغة الفرنسية) ص ٣١ وما بعدها — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٤٦٨ و ٤٦٩ ص ٥٠٣ — ٥٠٤]

[وقد قضت محكمة النقض بأن عقد نقل الأشخاص يلقى على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الراكب ، بمعنى أن يكون ملتزماً بتوصيله إلى الجهة المتفق عليها سليما ، وهو التزام بتحقيق غاية بحيث إذا أصيب الراكب فإنه يكفى أن يثبت أنه أصيب أثناء تنفيذ عقد النقل ويعتبر هذا منه إثباتاً لعدم قيام الناقل بالتزامه ، ومن ثم تقوم مسئولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه . ولا ترتفع مسئولية الناقل عن سلامة الراكب إلا إذا أثبت — الناقل — أن الضرر الحاصل للراكب قد نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من المضرور أو عن خطأ من الغير ، على أنه يشترط فى خطأ الغير الذى يعفى الناقل من المسئولية إعفاء كاملاً ألا يكون فى مقدور الناقل توقعه أو تفاديه وأن يكون هذا الخطأ وحده هو سبب الضرر : نقض مدنى فى ٢٦/٤/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٧٩ ص ٥٢٢]

ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل فى حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد (م ٧٢٠) . وإذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل فى تنفيذها العناية التى يبذها فى أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد ، فإن كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً فى تنفيذها عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) . وقد عرضت المادة ٢١١ لهذا النوع من الالتزام فى عمومه ، فنصت على ما يأتى : « ١ — فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره . ٢ — وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم »[1] . وقد اصطلح على تسمية هذا النوع من الالتزام

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٨٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى: « ١ — فى الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء ، أو أن يقوم بإدارته ، أو كان مطلوباً منه أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية مايبذله الشخص المعتاد ، حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود — ٢ — ومع ذلك يكون المدين قد وفى بالالتزام إذا هو بذل فى تنفيذه من العناية ما يبذله فى شؤونه الخاصة ، متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قصدا ذلك . وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » . وفى لجنة المراجعة أضيفت العبارة الآتية فى آخر الفقرة الأولى : « هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك » ، وحذف صدر الفقرة التالية اكتفاء بهذه الإضافة ، وأدخلت بعض تحويرات لفظية ، فأصبح النص مطابقاً لما ورد فى القانون الجديد ، وأصبح رقمه المادة ٢١٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وأصبح رقمه ٢١١ . ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣١ — ص ٥٣٤) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ترد المادة ٢٨٨ صور الالتزام بعمل إلى طائفتين جامعتين. تنتظم أولاهما ما يوجب على الملزم المحافظة على الشىء أو إدارته أو توخى الحيطة فى تنفيذ ما التزم الوفاء به ، وبعبارة أخرى ما يتصل الإلزام فيه بسلوك الملزم وعنايته . أما الثانية فيدخل فيها ما عدا ذلك من صور العمل ، كالالتزام بإصلاح آلة . وتقتصر المادة ٢٨٨ على حكم الطائفة الأولى ، فتحدد مدى العناية التى يتعين على المدين أن يبذلها فى تنفيذ الالتزام . والأصل فى هذه العناية أن تكون مماثلة لما يبذل الشخص المعتاد ، فهى بهذه المثابة وسط بين المراتب ، يناط بالمألوف فى عناية سواد الناس بشؤونهم الخاصة . وعلى هذا النحو يكون معيار التقدير معياراً عاماً مجرداً ، فليس يطلب من المدين إلا التزام درجة وسطى من العناية ، أياً كان مبلغ تشدده أو اعتداله أو تساهله فى =

فى الفقه الفرنسى بعبارة (obligation de moyen) أو بعبارة obligation générale de prudence et diligence ونسميه نحن «الالتزام ببذل عناية»[١].

فإذا قلنا بعد ذلك إن الخطأ العقدى هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشىء من العقد، وجب أن نميز فى هذا الصدد بين هذين النوعين من الالتزام. فالالتزام بتحقيق غاية يكون الخطأ العقدى فيه هو عدم تحقيق هذه الغاية[٢]. والالتزام ببذل عناية يكون الخطأ العقدى فيه هو عدم بذل العناية المطلوبة[٣].

= العناية بشؤون نفسه . على أن نية المتعاقدين قد تنصرف إلى العدول عن هذا المعيار العام المجرد إلى معيار خاص معين . ومن ذلك مايقع فى الوكالة والوديعة غير المأجورة . فغالباً ما يستخلص من الظروف أن العناية التى يقصد اقتضاؤها من الوكيل أو الوديع هى عناية كل منهما بشؤونه الخاصة . دون أن تجاوز فى ذلك درجة العناية الوسطى . وعلى نقيض ذلك يقصد فى عارية الاستعمال عادة إلى إلزام المدين ببذل مايبذل من العناية من العناية فى شؤونه الخاصة على ألا يقصر فى ذلك عن درجة العناية الوسطى ، ومتى تقررت درجة العناية الواجب اقتضاؤها من المدين ، اعتبر كل تقصير فى بذل هذه العناية ، مهما يكن طفيفاً ، خطأ يرتب مسئولية المدين ، ومهما يكن من أمر فن المسلم أن المدين يسأل على وجه الدوام عما يأتى من غش أو خطأ جسيم ، سواء أكان معيار العناية الواجبة معياراً عاماً مجرداً أم خاصاً معيناً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٣٢ — ص ٥٣٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٢ (مطابق) الليبى م ٢١٤ (مطابق) العراق م ٢٥١ (موافق) اللبنانى م ٢٥٥ (موافق) .

(١) وهذا التمييز لا يقتصر على الالتزامات العقدية . فالالتزام بعدم الإضرار بالغير ، وهو التزام قانونى عام ، التزام ببذل عناية . والالتزام بعدم الإثراء على حساب الغير ، وهو أيضاً التزام قانونى عام ، التزام بغاية . [وانظر الدكتور سليمان مرقس — المصادر بند ٢٨٤ ص ٣٧٢ فى التفرقة بين الالتزام بغاية والالتزام بوسيلة] .

(٢) انظر مازو ١ فقرة ٦٦٩ — ٢ والحواشى والمراجع المشار إليها فى هذه الفقرة . وعند مازو يكون خطأ عقدياً فى الالتزام بغاية ألا ينفذ المدين التزامه عمداً أو بإهماله أو بفعله . فلا توجد منطقة بين الإهمال والسبب الأجنبى هى انعدام الخطأ (absence de faute) ، وما لم يوجد سبب أجنبى فالخطأ العقدى قائم ليغطى منطقة الإهمال ومنطقة انعدام الخطأ معاً . وما يقوله الأستاذان صحيح ، بل صحيح أيضاً أن الخطأ العقدى يكون قائماً حتى مع وجود السبب الأجنبى ، فالسبب الأجنبى لا ينفى الخطأ بل ينفى علاقة السببية كما هو معروف . (انظر الدكتور سليمان مرقس فى الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ٩٣ — ص ٩٦) — ويقول مازو إن معيار الخطأ العقد فى الالتزام بتحقيق غاية هو بعينه معيار الخطأ التقصيرى ، فعدم تحقيق الغاية المتفق عليها يعد انحرافاً عن السلوك المألوف للرجل المعتاد ، وسترى أن هذا هو أيضاً معيار الخطأ التقصيرى (مازو ١ فقرة ٦٧٣ — ٢) .

(٣) وقد سجلت محكمة استئناف الإسكندرية الوطنية هذا المذهب فى حكم حديث لها جاء فيه ما يأتى: =

٤٢٩ — إثبات الخطأ العقدى : والأصل أن الدائن هو المكلف بإثبات الدين ، والمدين هو المكلف بإثبات التخلص منه (م ٣٨٩) . ولكن مجال تطبيق هذه القاعدة يكون عند ما يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه عيناً . فعلى الدائن فى هذه الحالة أن يثبت مصدر الالتزام (العقد مثلا) ، فإذا ادعى المدين أنه نفذه فعليه هو أن يثبت ذلك ، والا حكم عليه بالتنفيذ العينى . أما فى إثبات الخطأ العقدى فالأمر مختلف : الدائن لا يطالب المدين بتنفيذ الالتزام عيناً ، بل يطالبه بتعويض لعدم تنفيذ الالتزام . فالدائن هو الذى يدعى أن المدين لم ينفذ التزامه ومن أجل ذلك يطالبه بالتعويض . فعلى الدائن إذن يقع عبء إثبات أن المدين لم ينفذ التزامه[1] . فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً للخطأ العقدى على النحو الذى أسلفناه . ولما كان على الدائن أيضاً أن يثبت الضرر . وكانت علاقة

= « إن الخطأ فى المسئولية التعاقدية هو بذاته واقعة الإخلال التى يتكون منها وينحصر فيها عدم تنفيذ الالتزام ، وذلك طالما لم يثبت الملتزم قيام السبب الخارجى الذى يدعى به . وفى هذه الحالة يتبين أن تلك الواقعة وحدها هى كل ما يتعين على طالب التعويض إثباته ، وأنه متى قام بإثباتها فإنه يكون قد أثبت الخطأ الذى تبنى عليه مسئولية الملتزم . أما ما يتحقق به وجود الإخلال بالالتزام حتى يمكن القول بثبوته ، فإنه بالنسبة للالتزام بغاية — ومثله كما هو مقرر فقها الالتزام الضمنى فى عقد النقل بسلامة الراكب فى أثنائه — ينحصر فى مجرد فعل الإخلال ذاته أى عدم تنفيذ ما التزم به الملتزم ، دون نظر إلى ما قد يدعى بأنه قد بذله من جهد أو عناية أو احتياط لتحقيق الغاية التى تعهد بها ، لأن هذا إنما يكون بالنسبة للالتزام بوسيلة حيث يقوم ثبوت الإخلال به على ما يبين من سلوك الملتزم ومضايقته لما يسلكه الرجل الحريص (استئناف اسكندرية فى ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١) .

[وانظر فى الالتزام بضمان السلامة : رسالة الآنسة سيمون جولد شميت (ليون ١٩٤٧) — ومارتى ورينو جـ ٢ بند ٤٧٠ ص ٥٠٥] .

(١) مازو ١ فقرة ٦٩٤ والمراجع المشار إليها فى هذه الفقرة [وقارن بيدان جـ ٨ بند ٥٧٨ ص ٤١٦ حيث يقرر أن المدين هو المكلف بالإثبات فى حالة طلب التعويض ويكفى الدائن أن يقدم العقد ويقرر أنه لم ينفذ — فيما عدا حالة الالتزام بالامتناع إذ يكون عليه أيضاً إثبات المخالفة . أما المدين فهو الملزم بإثبات تنفيذ الالتزام العقدى ، أو إثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبى . وفى هذا يختلف عبء الإثبات فى المسئولية العقدية عنه فى التقصيرية حيث يجب على الدائن إثبات الخطأ التقصيرى باعتباره مصدر الالتزام] .

[ولعل عدم التزام الدائن بإثبات واقعة عدم تنفيذ المدين للالتزام يرجع إلى أنها واقعة سلبية] .

[وانظر دى باج جـ ٢ بند ٩٤٤ ص ٦١ هـ — وانظر ما سيأتى فى صحيفة ٧٤٢ هامش ٢] .

السببية ما بين الخطأ والضرر مفروضة كما سنرى ، فإن الدائن متى أثبت عدم تنفيذ الالتزام وأثبت الضرر الذى أصابه يكون قد اضطلع بما يقع على عاتقه من إثبات ، فاستحق التعويض . وهذا ما لم ينف المدين السببية المفترضة بإثبات السبب الأجنبى .

ونطبق هذه القواعد على الالتزام بغاية والالتزام بعناية .

ففى الالتزام بغاية ، كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع ، يثبت الدائن — وهو هنا المشترى — عقد البيع وعدم انتقال ملكية المبيع إليه . فيثبت بذلك فى جانب البائع خطأ عقدياً ، لا يستطيع هذا أن ينفيه بإثبات أنه بذل كل ما فى وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشترى فلم يستطع ، لأنه ملتزم بتحقيق غاية . وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبى لنفى علاقة السببية ، وإلا فالخطأ ثابت فى جانبه ومسئوليته العقدية متحققة ، ولا نقول هنا — كما كان يقال عادة — إن عدم تنفيذ البائع لالتزامه يجعل الخطأ العقدى مفروضاً فى جانبه ، بل نقول إن عدم تنفيذ الالتزام هو بعينه الخطأ العقدى ، وقد أثبته الدائن ، فليس هو بالخطأ المفروض فى جانب المدين . بل هو خطأ ثابت[1] . وللبائع ، عندما يثبت المشترى عقد البيع ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المشترى يثبت الخطأ العقدى على النحو الذى بيناه ، بل يقف موقفاً إيجابياً ويثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه عيناً ونقل ملكية المبيع إلى المشترى فلا محل إذن لمطالبته بالتعويض ، فنخرج بذلك من نطاق المسئولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العينى .

وفى الالتزام بعناية . كالتزام الطبيب بعلاج المريض[2] ، يثبت المريض أن الطبيب التزم بعلاجه — وهذا هو العقد الصريح أو الضمنى — ويثبت إلى جانب ذلك أن الطبيب لم ينفذ التزامه فلم يبذل فى علاجه العناية المطلوبة ، بأن يثبت على الطبيب إهمالا معيناً أو انحرافاً

---

(١) مازو ١ فقرة ٦٦٢ — ٢ ص ٦١٩ — ص ٦٢٠ .

(٢) التزام الطبيب بعلاج المريض ليس التزاماً بتحقيق غاية هى شفاء المريض ، بل هو التزام يبذل العناية الواجبة فى علاج المريض وفقاً لأصول صنعة الطب .

عن أصول الصنعة . فإذا أثبت ذلك كان هذا إثباتاً لخطأ الطبيب العقدى . وما على المريض بعد ذلك إلا أن يثبت الضرر ليستحق التعويض ، ما لم يثبت الطبيب أن عدم تنفيذه لالتزامه وقعوده عن بذل العناية المطلوبة إنما يرجع إلى سبب أجنبي ، فتنعدم علاقة السببية ، ولا تتحقق المسئولية العقدية . وللطبيب هنا أيضاً ، عندما يثبت المريض العقد ، ألا يقف موقفاً سلبياً ويترك المريض يثبت عليه الخطأ العقدى ، بل ينتقل من نطاق المسئولية العقدية إلى نطاق التنفيذ العيني ، فيثبت أنه قد نفذ التزامه تنفيذاً عينياً وبذل كل العناية المطلوبة منه في علاج المريض[1] .

---

(١) انظر مازو ١ فقرة ٦٦٢ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٧٧ — الدكتور سليمان مرقس في الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ٨٩ — ص ٩٧ — ومع ذلك قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٦٩٩ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥١ — الدكتور حلمي بهجت بدوى فقرة ٢٩٦ — فقرة ٣٠٣ وفقرة ٣١٥ — فقرة ٣٢١ .

وأصحاب الرأى الآخر يذهبون إلى أن عبء الإثبات يقع على المدين ، سواء كان ذلك في نطاق التنفيذ العيني أو كان في نطاق المسئولية العقدية . فالدائن يثبت الالتزام . وعلى المدين بعد هذا أن يثبت أنه قد قام بتنفيذه . فإن عجز عن ذلك حكم عليه بالتنفيذ العيني أو بالتعويض . غير أنه في الالتزام ببذل عناية ، إذا عجز المدين عن إثبات أنه قد قام بتنفيذ التزامه ، فالغالب أن التنفيذ العيني يصبح مستحيلا ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض . فالمدين في المسئولية العقدية هو الذى يقع عليه إذن عبء الإثبات ، أما في المسئولية التقصيرية فالدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات الخطأ التقصيرى . ويبرر ذلك أن الخطأ التقصيرى هو إخلال بالتزام قانونى عام بالامتناع عن الإضرار بالغير ، ولما كان هذا الالتزام يترتب في ذمة الناس كافة ، فمن المعقول أن نفرض أنه مرعى منفذ حتى يثبت الدائن أن شخصاً بالذات لم ينفذه . أما الخطأ العقدى فهو إخلال بالتزام عقدى مترتب في ذمة مدين بالذات ، فعلى هذا المدين أن يثبت أنه قد قام بتنفيذ التزامه طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات ، وإلا ألزم بالتنفيذ العيني أو بالتعويض .

ومهما يكن من أمر هذا الخلاف ، فإن أثره محدود من الناحية العملية . ففي العمل يبدأ الدائن باثبات الالتزام . ثم هو لا يقف مكتوف اليد بعد ذلك ، ينتظر حتى يثبت المدين أنه نفذ الالتزام أو حتى يعجز عن هذا الإثبات ، بل هو يبادىء المدين مقدماً ما عنده من الأدلة على عدم تنفيذ الالتزام . والمدين من جهته لا ينتظر حتى يفرغ الدائن من تقديم ما عنده من الأدلة ، بل يتقدم بأدلته هو أيضاً ليثبت أنه قد قام بتنفيذ الالتزام . وهكذا يتقدم كل من الدائن والمدين بأدلته ، والقاضى يوازن ما بينها ، ويحكم لمن ترجح أدلته أدلة الآخر . فإن كان هو الدائن ، حكم له بالتنفيذ العيني أو بالتعويض بعد أن ثبت عنده أن المدين لم يقم بتنفيذ التزامه . وإن كان هو المدين ، رفض طلب الدائن بعد أن ثبت عنده أن المدين قد قام بتنفيذ الالتزام . (قارن مازو ١ ص ٦٤٥ — ص ٦٥٣) .

٤٣٠ — نظرية مهجورة — تدرج الخطأ (gradation des fautes): وهناك نظرية قديمة مهجورة تقسم الخطأ العقدى غير العمد إلى أقسام ثلاثة : خطأ جسيم (culpa lata) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه حتى الشخص المهمل ، وهو خطأ أقرب ما يكون إلى العمد ويلحق به — وخطأ يسير (culpa levis) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه شخص معتاد — وخطأ تافه (culpa levissima) وهو الخطأ الذى لا يرتكبه شخص حازم حريص . وهذه النظرية تقسم أيضاً العقود إلى طوائف ثلاث : عقد لمنفعة الدائن وحده كالوديعة ، وفيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم — وعقد لمنفعة المتعاقدين معاً كالإيجار ، وفيه يسأل المدين عن الخطأ اليسير — وعقد لمنفعة المدين وحده ، وفيه يسأل المدين حتى عن الخطأ التافه .

وقد نسبت هذه النظرية خطأ إلى القانون الرومانى ، وهى ليست منه ، بل هى من خلق القانون الفرنسى القديم . نرى دوما يرسم خطوطها الرئيسية[1] ، ونراها مبسوطة بوضوح عند بوتييه[2] . ولكنها هجرت فى القانون الحديث . وهى نظرية منتقدة من ناحيتين : ما تشتمل عليه من العموم ، وما تقول به من التدرج .

أما من ناحية العموم فالنظرية ليست صحيحة ، فهى لا محل لتطبيقها فى الالتزام بتحقيق غاية . وقد رأينا أن الخطأ العقدى فى هذه الطائفة من الالتزامات ليس إلا عدم تنفيذ الالتزام . فإذا لم ينفذ المدين التزامه العقدى ، ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها ، فهناك خطأ عقدى فى جانبه ، أياً كانت درجة تقصيره . فقد يكون متعمداً ألا ينفذ التزامه . وقد يكون مقصراً تقصيراً جسيما . وقد يكون مقصراً تقصيراً يسيراً . وقد يكون مقصراً تقصيراً تافهاً . بل قد لا يكون هناك أى تقصير فى جانبه . فالخطأ العقدى قائم ما دام المدين لم ينفذ التزامه ، وهو مسئول عن خطئه فى جميع الأحوال . وقد ذهبنا إلى أبعد من

---

(١) القوانين المدنية : الكتاب الأول الباب الأول الفرع الثالث الفقرة الرابعة .

(٢) الالتزامات فقرة ١٤٢ .

ذلك ، فقلنا إن المدين قد يمنعه من تنفيذ التزامه سبب أجنبي كالقوة القاهرة ، ومع ذلك يبقى خطأه العقدى قائماً لأنه لم ينفذ التزامه ، وإن كانت رابطة السببية تنتفى بوجود السبب الأجنبي ، فتنعدم المسئولية لانعدام السببية لا لانعدام الخطأ ، ومن هنا نرى أن التناقض الذى يستظهره الفقه عادة بين نصين من نصوص التقنين المدنى الفرنسى ، هما المادتان ١١٤٧ و ١١٣٧ ، تناقض ظاهرى لا حقيقة له . فالمادة ١١٤٧ من هذا التقنين تقرر أن المدين مسئول عن تنفيذ التزامه حتى يثبت أنه امتنع عليه ذلك لسبب أجنبي لا يد له فيه . والمادة ١١٣٧ تقضى بأن الالتزام بالعناية فى المحافظة على الشيء يلزم الشخص الموكول إليه ذلك أن يبذل فيه عناية الشخص المعتاد. ولا تناقض ما بين النصين كما قدمنا . فلكل نص نطاق خاص به . فالمادة ١١٤٧ تقرر فى عبارة عامة أن عدم تنفيذ المدين لالتزامه هو خطأ عقدى . وهذا صحيح ، وهو يصدق فى الالتزام بغاية وفى الالتزام بعناية . ويكون المدين مسئولا عن هذا الخطأ إلا إذا نفى علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي . أما المادة ١١٣٧ فهى لا تعرض لشيء مما تعرض له المادة ١١٤٧ ، بل هى تحدد مدى التزام المدين فى الالتزام ببذل عناية ، وتقرر أن العناية المطلوبة هى فى الأصل عناية الرجل المعتاد . فالمادة ١١٤٧ تنطبق إذن على جميع الالتزامات ، سواء ما كان منها التزاماً بغاية أو كان التزاماً بعناية ، وتعرض للمسئولية العقدية فى ركنين من أركانها ، ركن الخطأ وركن السببية . والمادة ١١٣٧ لا تتناول إلا طائفة الالتزام ببذل عناية ، وتتناولها لا لتحديد المسئولية العقدية ، بل لتحديد مدى الالتزام[1] . وقد أتى التقنين المصرى

---

(١) انظر مازو ١ فقرة ٦٥٩ — فقرة ٦٦١ ، وانظر فى هامش فقرة ٦٥٩ عرضاً للآراء المختلفة فى محاولة التوفيق ما بين النصين — الدكتور سليمان مرقس فى الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ٧٤ — ص ١٠٠ — وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥١ .

[وانظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ٤٦٧ ص ٥٠٢ — وانظر حشمت أبو ستيت بند ٣٥٤ حيث يقرر أن تحديد مضمون الالتزام هو مسألة أولية يجب الفراغ منها قبل البحث فيما إذا كان هناك خطأ عقدى أم لا — فالمادة ١١٣٧ تخرج عن نطاق البحث فى الخطأ العقدى وبذلك تكون المادة ١١٤٧ وحدها هى التى تحكمه] .

الجديد بنصين يقابلان المادتين ١١٤٧ و ١١٣٧ من التقنين المدنى الفرنسى[1] . فالمادة ٢١٥ تقضى بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ، فهى تقابل المادة ١١٤٧ من التقنين المدنى الفرنسى . والمادة ٢١١ ، وتقابل المادة ١١٣٧ من التقنين المدنى الفرنسى ، توجب فى الالتزام بعناية أن تكون العناية المبذولة هى عناية الرجل المعتاد ولو لم يتحقق الغرض المقصود . ولا تناقض ما بين هذين النصين ، كما لا تناقض ما بين نصى القانون الفرنسى .

وأما من ناحية التدرج فالنظرية أيضاً ليست صحيحة . فنحن ، حتى إذا قصرنا نظرية تدرج الخطأ على الالتزام بعناية ، لا نتبين أن الخطأ يتدرج من خطأ جسيم إلى خطأ يسير إلى خطأ تافه تبعاً لما إذا كان العقد لمصلحة الدائن وحده أو لمصلحة المتعاقدين معاً أو لمصلحة المدين وحده . وقد هدم التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١١٣٧ التى سبق ذكرها هذه التقسيمات جملة واحدة . فقال إن الالتزام بالعناية فى المحافظة على الشيء ، سواء كان الغرض من العقد مصلحة أحد المتعاقدين أو مصلحة الاثنين معاً ، يلزم المدين ببذل عناية الرجل المعتاد . فقضى هذا النص على التقسيم فى شقيه ، تقسيم العقود إلى طوائف ثلاث وتقسيم الخطأ إلى أنواع ثلاثة ، وأوجب فى جميع العقود ، كأصل عام ، أن تكون العناية المطلوبة هى عناية الرجل المعتاد . وذلك هو شأن التقنين المصرى الجديد[2] . فقد جاء واضحاً كل

---

(١) أما التقنين المصرى القديم فلم يتضمن نصين يقابلان تماماً نصى التقنين الفرنسى المتقدم ذكرهما ، وإن كان قد أورد فى بعض نصوصه ما يفيد أن المدين لا يكون مسئولا عن عدم تنفيذ التزامه إلا إذا كان عدم التنفيذ بخطأ منه (انظر المواد ١١٩/١٧٧ و ١٧٧ — ١٧٨/٢٤٠ — ٢٤١) . ولكن الفقه والقضاء فى مصر ، فى ظل التقنين القديم ، كانا يفسران هذه النصوص بما تفسر به المادة ١١٤٧ من القانون المدنى الفرنسى ، فكان عدم تنفيذ المدين لالتزامه فى العقد يعد خطأ فى جانبه (انظر رسالة الدكتور سليمان مرقس فى الأسباب القانونية للاعفاء من المسئولية المدنية ص ١٠٧ — ١١٢) .

(٢) أما التقنين المصرى القديم فلم يتضمن نصاً كنص المادة ١١٣٧ من التقنين المدنى الفرنسى ، ولكنه كان فى العقود المختلفة يطلب تارة عناية الشخص بملكه (مثلا المادتان ٣٧٦/٤٦١ فى الإيجار والمادتان ٤٨٢/٥٩٠ فى الوديعة) ، أو يطلب طوراً العناية التامة فيحاسب حتى على الخطأ اليسير (مثلا المواد ٤٦٨ — ٤٦٩/٥٦٩ — ٥٧١ فى عارية الاستعمال) ، فلم يكن واضحاً لا فى إثبات نظرية تدرج الخطأ ولا فى نفيها .

الوضوح فى نفى نظرية تدرج الخطأ . والأصل عنده أن العناية المطلوبة هى عناية الرجل المعتاد (م ٢١١) . ولكن يجوز الخروج على هذا الأصل إما بنص القانون وإما بالاتفاق . وقد نص القانون فعلا فى بعض العقود على عناية تزيد أو تقل عن عناية الرجل المعتاد كما رأينا فيما تقدم[1] . كذلك يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على مقدار من العناية أزيد أو أقل . بل يجوز لهما الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية إلا إذا ثبت فى جانب المدين غش أو خطأ جسيم (م ٢١٧ فقرة ٢) . وسنرى تفصيل ذلك عند الكلام فى الإعفاء من المسئولية[2] .

§ ٢ — المسئولية العقدية عن الغير وعن الأشياء

(ا) المسئولية العقدية عن الغير :

٤٣١ — نطاق المسئولية العقدية عن الغير : المسئولية العقدية عن الغير[3] قد تتحقق إذا استخدم المدين أشخاصاً غيره فى تنفيذ التزامه العقدى ، فيكون مسئولا مسئولية عقدية عن خطأ هؤلاء الأشخاص . فيوجد إذن : ١) المسئول وهو المدين فى الالتزام

---

(١) انظر مثلا المادة ٥٢١ فى الشركة ، والمادة ٥٨٣ فقرة ١ فى الإيجار ، والمادة ٦٤١ فى العارية والمادة ٦٨٥ فى عقد العمل ، والمادة ٧٠٤ فى الوكالة ، والمادة ٧٢٠ فى الوديعة .

(٢) وهذه بعض أمثلة تشريعية من التقنين الجديد للمسئولية العقدية فى بعض العقود المسماة : عقد البيع (التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بغاية م ٤٣١ و٤٣٧ و ٤٣٨ — والتزام البائع بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية هو التزام بغاية م ٤٣٩ و٤٤٧) — عقد الإيجار (التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة هو التزام بعناية م ٥٨٣ — والتزام المستأجر بالمحافظة على العين من الحريق هو التزام بغاية م ٥٨٤ — والتزام المستأجر برد العين المؤجرة هو التزام بغاية م ٥٩٠) — عقد العارية (التزام المعير بتسليم العين التزام بغاية م ٦٣٦ — والتزام المستعير بالمحافظة على العين التزام بعناية م ٦٤١ — والتزام المستعير برد العين التزام بغاية م ٦٤٢) — عقد الوكالة (التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة التزام بعناية م ٧٠٤) — عقد الوديعة (التزام المودع عنده بالمحافظة على العين التزام بعناية م ٧٢٠ — والتزام المودع عنده برد العين (التزام بغاية م ٧٢٢ ٢) — عقد رهن الحيازة (التزام الدائن المرتهن بالمحافظة على الشىء المرهون التزام بعناية والتزامه برده التزام بغاية م ١١٠٣ وقد تضمنت الالتزامين معاً) .

(٣) [انظر فى المسئولية العقدية عن الغير : اميل بيكيه مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩١٤ ص ٢٦٣ — ومقال اسمان فى المجلة الفصلية سنة ١٩٣٣ ص ٦٢٧ وما بعدها — وحلمى بهجت بدوى أصول الالتزامات ص ٤٥٥ بند ٣٢٢ وما بعده — وأنور سلطان طبعة ١٩٦٢ بند ٣٣٣ ص ٣٩١ — ورسالة الدكتور عباس حسن الصراف فى المسئولية العقدية عن فعل الغير (القاهرة سنة ١٩٥٣)] .

العقدى . ٢) والمضرور وهو الدائن فى هـذا الالتزام . ٣) والغير وهم الذين استخدمهم المدين فى تنفيذ التزامه . وتقوم المسئولية العقدية عن الغير حيث يوجد عقد صحيح بين المسئول والمضرور وحيث يـكون الغير مكلفاً بتنفيذ هـذا العقد . فالمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن قبل المؤجر : المسئول هنا هو المستأجر ، والمضرور هو المؤجر . وقد قام بينهما عقد صحيح هو عقد الإيجار الأصلى ، والغير المـكلف بتنفيذ هـذا العقد من قبل المسئول هو المستأجر من الباطن . ويتبين من ذلك أن هنـاك حدين لنطاق المسئولية العقدية عن الغير : الحد الأول أن يكون هناك بين المسئول والمضرور عقد صحيح ، والحد الثانى أن يكون الغير معهوداً إليه فى تنفيذ هذا العقد .

أما أن يكون هناك بين المسئول والمضرور عقد صحيح ، فذلك لأن مسئولية المسئول نحو المضرور هى مسئولية عقدية ، فوجب أن تنشأ هذه المسئولية عن عقد تم بينهما . فإذا كان العقد قد تم بين المسئول والغير الذى أحدث الضرر ، لا بين المسئول والمضرور ، كالتابع يربطه بمتبوعه عقد ثم يلحق الضرر بالمضرور فى أثناء تأدية وظيفته ، فهذه مسئولية تقصيرية لا عقدية ، سنفصلها فى مكانها . كذلك المؤجر لا يكون مسئولا مسئولية عقدية عما يحدثه مستأجره من الضرر لشخص لا يربطه عقد بالمؤجر . وإذا تولى الغير ، نيابة عن المسئول ، المفاوضة فى عقد ، ثم قطعت المفاوضة ، فأصاب قطعها الطرف الآخر بالضرر ، فالمسئولية عن الغير هنا لا تـكون عقدية ، لأن العقد بين المسئول والمضرور لم يتم إذ هو لم يجاوز مرحلة المفاوضات . ويجوز أن تقوم فى هـــذا المثل مسئولية تقصيرية ، هى مسئولية المتبوع عن تابعه إذا توافرت أركانها . وإذا انعقد العقد غير صحيح فى المثل الذى نحن بصدده ، فإن المسئولية لا تكون هنا أيضاً مسئولية عقدية ، إذ أن العقد غير الصحيح يزول بإبطاله ، فلا تنشأ المسئولية — إذا تحققت — من العقد ، بل تـكون مسئولية تقصيرية . ويتحقق ذلك بأن يكون الغير الذى أبرم العقد غير الصحيح نيابة عن المسئول هو المتسبب فى البطلان ، فيكون مسئولا مسئولية تقصيرية نحو الطرف الآخر ، ويكون من أبرم العقد باسمه مسئولا عنه مسئولية تقصيرية هى مسئولية المتبوع عن التابع.

فلا بد إذن لقيــام المسئولية العقدية عن الغير أن يكون هناك عقد صحيح بين المسئول والمضرور .

ويجب أيضاً أن يكون الغير قد عهد إليه فى تنفيذ هذا العقد . فلو كان الغير لم يعهد إليه فى ذلك ، فإن تدخله فى الإخلال بتنفيذ العقد قد يحقق مسئولية المدين ، ولــكن هذه المسئولية تــكون مسئولية شخصية لا مسئولية عن الغير . فالمؤجر يلتزم بعقد الإيجار أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين الانتفاع المقصود من العقد ، فإذا تدخل جيران المستأجر من تلقاء أنفسهم حتى لو كانوا مستأجرين من نفس المؤجر[1] ، فى انتفاع المستأجر بالعين ومنعوه من ذلك ، فإن مسئولية المؤجر نحو المستأجر تــكون مسئولية عقدية ، ولــكنها مسئولية شخصية لا مسئولية عن الغير ، إلا أن يثبت المؤجر أن تدخل الجيران هو سبب أجنبى ، فعندئذ تنتفى مسئولية المؤجر بتاتاً . كذلك المستأجر يلتزم بعقد الإيجار نحو المؤجر أن يحافظ على العين، وهو مسئول عما يصيب العين من تلف بفعله أو بفعل أحد من يسكن معه ، ومسئوليته فى الحالتين مسئولية عقدية عن عمله الشخصى لا عن عمل الغير[2] .
فلابد إذن لقيام المسئولية العقدية عن الغير أن يكون هذا الغير مكلفاً من المدين بتنفيذ العقد ، فيصبح المدين بهذا التــكليف مسئولا عن الغير مسئولية عقدية . مثل ذلك المقاول مسئول عن عماله وعن المقاول من الباطن نحو رب العمل ، والمستأجر مسئول عن المستأجر من الباطن نحو المؤجر ، والوكيل مسئول عن نائبه فى تنفيذ الوكالة نحو الموكل . وقد يكون التكليف بتنفيذ العقد غير آت من قبل المدين بل من القانون ، كالولى أو الوصى أو القيم يقوم بتنفيذ عقد أحد طرفيه الصغير أو المحجور ، فهنــا أيضاً تــكون مسئولية الصغير أو المحجور عن

---

(١) انظر المادة ٥٧١ فقرة ٢ من التقنين المدنى الجديد .

(٢) [انظر نقض مدنى ١١/٤/١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤٢ ص ٤١٣ حيث قررت المحكمة أنه لا محل لمساءلة المستأجر إذا كان تلف الشىء المؤجر لم ينشأ عن فعله أو عن فعل خدمه وإنما نشأ عن فعل شخص آخر غير هؤلاء] .

الولى أو الوصى أو القيم مسئولية عقدية عن عمل الغير [١].

٤٣٢ — نصوص التقنين المدنى الجديد الواردة فى المسئولية العقدية عن الغير : لا يوجد نص يقرر بطريق مباشر القاعدة العامة فى المسئولية العقدية عن الغير [٢]، على غرار النص الذى يقرر القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية عن عمل الغير [٣]. ولكن يوجد نص يقرر بطريق غير مباشر مبدأ المسئولية العقدية عن الغير ، وهذا النص هو الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ وتجرى بما يأتى : « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » . ونقول بطريق غير مباشر ، لأن مبدأ المسئولية العقدية عن الغير إنما يستخلص ضمناً من هذا النص . فما دام أنه يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الخطأ الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه ، فذلك لا يستقيم إلا إذا كان هو فى الأصل مسئولا عن خطأ هؤلاء الأشخاص ، فيستطيع بالاتفاق أن ينفى عنه هذه المسئولية . ومن ثم يمكن القول بأن الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ تقرر مبدأ عاماً ، هو أن المدين مسئول مسئولية عقدية عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ التزامه العقدى .

---

(١) [انظر الدكتور سليمان مرقس (المصادر) بند ٢٨٥ ص ٣٧٤ حيث يشير إلى مسئولية المتعاقد عن فعل الغير إذا كان تابعاً له (ولا يشترط لذلك أن يكون الغير مكلفاً بتنفيذ العقد) — تأسيساً على أن فعل التابع لا يعد سبباً أجنبياً بالنسبة للمدين فلا تندفع به مسئوليته العقدية . أما إذا كان الغير أجنبياً عن المدين فإن فعله يعتبر سبباً أجنبياً تنتفى به مسئولية المدين نتيجة لانتفاء علاقة السببية] .

(٢) [توجد فى القانون الألمانى والقانون السويسرى فى نصوص تقرر قواعد عامة تحكم المسئولية العقدية عن فعل الغير : المادة (٢٧٨) من القانون السويسرى الألمانى — والمادة (١٠١) من تقنين الالتزامات السويسرى — انظر حلمى بهجت بدوى ص ٤٠٦] .

(٣) وهو نص المادة ١٧٤ الذى يقرر مسئولية المتبوع عن تابعه .

وقد وردت تطبيقات تشريعية متعددة لهذا المبدأ فى صدد عقود مختلفة :

من ذلك عقـد الإيجار . فقد نصت المادة ٥٧١ على ما يأتى : « ١ — على المؤجر أن يمتنع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة ، ولا يجوز له أن يحدث بالعين أو بملحقاتها أى تغيير يخل بهذا الانتفاع . ٢ — ولا يقتصر ضمان المؤجر على الأعمال التى تصدر منه أو من أتباعه ، بل يمتد هذا الضمان إلى كل تعرض أو إضرار مبنى على سبب قانونى يصدر من أى مستأجر آخر أو من أى شخص تلقى الحق عن المؤجر » . ومسئولية المؤجر عن أعمال المستأجرين الآخرين أو عمن تلقوا الحق منه إنما هى مسئولية عقدية عن عمل شخصى ، أما مسئوليته عن الأعمال التى تصدر من أتباعه ممن يكلفهم بتنفيذ عقد الإيجار فهى مسئولية عقدية عن عمل الغير[1] .

وفى عقد المقاولة نصت المادة ٦٦١ على ما يأتى : «١ — يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل فى جملته أو فى جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط فى العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية . ٢ — ولكنه يبقى فى هذه الحالة مسئولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل» . فهذا نص صريح فى مسئولية المقاول نحو رب العمل عن عمل المقاول من الباطن ، وهى مسئولية عقدية عن عمل الغير .

وفى عقد الوكالة نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ على ما يأتى : « إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك ، كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسئولية » . وهذا أيضاً نص صريح فى مسئولية الوكيل عن عمل نائبه نحو الموكل ، وهى مسئولية عقدية عن عمل الغير[2] .

---

(١) انظر أيضاً فى مسئولية المستأجر نحو المؤجر عن أعمال المستأجر من الباطن أو المتنازل له عن الإيجار : المواد ٥٩٥ — ٥٩٧ .

(٢) [قارن عكس ذلك : حشمت أبو ستيت ص ٣٣١ هامش ١] .

٤٣٣ — شروط المسئولية العقدية عن الغير وأمثلتها : ويتبين مما تقدم أن الغير الذى يكون المدين مسئولا عنه هو كل من كان مكلفاً — اتفاقاً أو قانوناً — بتنفيذ العقد. فالعمال والمقاولون من الباطن يكون المقاول مسئولا عنهم نحو رب العمل. والمستأجر من الباطن والمتنازل له عن الإيجار يكون المستأجر مسئولا عنهما نحو المؤجر. وعمال أمين النقل وأمناء النقل المتتابعون يكون أمين النقل الأصلى مسئولا عنهم نحو العميل[1]. والبواب يكون صاحب المنزل مسئولا عنه نحو المستأجرين[2]. ونائب الوكيل يكون الوكيل مسئولا عنه نحو الموكل. والولى والوصى والقيم يكون الصغير أو المحجور مسئولا عنهم نحو المتعاقد الآخر. وبوجه عام كل من كلف، اتفاقاً أو قانوناً، بالحلول محل المدين فى تنفيذ الالتزام، كالمستأجر من الباطن ونائب الوكيل والوصى، أو بمساعدته فى تنفيذه، كالعمال وأمناء النقل المتتابعين، يكون هو « الغير » فى المسئولية العقدية عن الغير. ولا يشترط فى الغير هنا، كما يشترط فى المسئولية التقصيرية، أن يكون تابعاً. فقد رأينا أن الولى والوصى والقيم يعتبرون « غيراً » فى هذه المسئولية العقدية ولا يعتبرون «تابعين» فى المسئولية التقصيرية.

ويجب أن يكون الغير قد أحدث الضرر فى حال تنفيذ العقد أو بسبب تنفيذه، على النحو الذى سنراه فى مسئولية المتبوع عن التابع. وخطأ الغير فى الالتزام بغاية يكون بعدم تحقيق الغاية المتفق عليها وفى التزام بعناية يكون بعدم بذل العناية المطلوبة، فخطأه هو وخطأ الأصيل سواء.

فإذا توافرت هذه الشروط تحققت المسئولية العقدية عن الغير، ويصبح المدين مسئولا عن خطأ الغير الذى استخدمه فى تنفيذ التزامه. واختلف فى الأساس الذى تبنى عليه هذه

---

(١) [انظر نقض مدنى ١٩٥٦/٣/٢٢ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٤ ص ٣٦٤ حيث قضت المحكمة بأن مصلحة البريد تعتبر أمينة للنقل ومن ثم فهى ضامنة للخطأ الذى يقع ممن تعهد إليهم ببعض المهام الموكولة إليها، ولا تستطيع أن تدفع عن نفسها المسئولية بخطأ أمين النقل الذى اختارته هى بغير تدخل من صاحب الرسالة].

(٢) انظر فى المسئولية العقدية عن البواب، فى صدد مسألتين هامتين هما سرقة المنزل وضياع المراسلات، مازو ١ فقرة ٩٩٧ — ٢.

المسئولية . فمنهم من يقيمها على خطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس . ومنهم من يرتبها على فكرة تحمل التبعة . ومنهم من يبنيها على فكرة حلول الغير محل الأصيل فيعتبر نائباً عنه فيما ارتكب من خطأ . ومنهم من يؤسسها على فكرة الضمان . وهذا الخلاف عينه نجده فى تأصيل مسئولية المتبوع عن التابع . وسنتكلم فيه هناك بالتفصيل .

وغنى عن البيان أنه إذا تحققت مسئولية المدين عن الغير ، جاز للأول أن يرجع على الثانى إما بالمسئولية العقدية إذا كان هو الذى كلفه بتنفيذ العقد ، وإما بالمسئولية التقصيرية إذا كان الثانى مكلفاً بتنفيذ العقد بمقتضى القانون[1] .

(ب) المسئولية العقدية عن الأشياء :

٤٣٤ — نطاق المسئولية العقدية عن الأشياء : إذا لم يقم المدين بتنفيذ العقد كان هذا خطأ عقدياً كما قدمنا . فإذا كان عدم تنفيذه للعقد راجعاً لا إلى فعله الشخصى بل إلى « فعل الشىء » (fait de la chose) ، أى إلى تدخل إيجابى من شىء أفلت من حراسته على النحو الذى سنبينه فى المسئولية التقصيرية عن الأشياء ، كان المدين مسئولا مسئولية عقدية ولكن لا عن « فعله الشخصى » بل عن « فعل الشىء » . ويتحقق ذلك فى الفروض الآتية :

(١) يسلم المدين الشىء محل العقد للدائن — البائع يسلم الآلة المبيعة للمشترى فتنفجر الآلة فى يد المشترى وتصيبه بضرر فى نفسه أو فى ماله . هنا يصبح البائع مسئولا بمقتضى التزامه العقدى من ضمان العيوب الخفية . ولم ينشأ هذا الضمان عن حالة سلبية للآلة المبيعة كوجود عيب فيها . بل عن حالة إيجابية هى انفجار الآلة . فيكون البائع مسئولا مسئولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشىء .

---

(١) [انظر فى أساس المسئولية عن فعل الغير : حلمى بهجت بدوى ص ٤٥٧ — وحشمت أبو ستيت بند ٣٦١ ص ٣٣٢ وهوامشها — وكلاهما يرجع تأسيس المسئولية على فكرة الضمان ، وهو ضمان مصدره القانون] .

(٢) يكون المدين مسئولا عن رد الشيء محل العقد الدائن ، كالمستأجر يلتزم برد العين المؤجرة ، فيتدخل شيء آخر فى حراسة المستأجر — كمواد متفجرة — تدخلا إيجابياً يتسبب عنه حريق العين . فهنا لم ينفذ المستأجر التزامه العقدى برد الشيء ، فيكون مسئولا مسئولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشيء ، والشيء هنا هو المواد المتفجرة لا العين المؤجرة .

(٣) يقوم المدين بتنفيذ العقد عن طريق استعماله شيئاً ، فيؤذى هذا الشيء الدائن ، ويكون المدين مسئولا عن سلامة الدائن بمقتضى العقد . مثل ذلك عقد النقل ، ينفذه أمين النقل بوسائل المواصلات المختلفة ، قطار أو سيارة أو طيارة أو غير ذلك ، فيصطدم القطار أو تنفجر السيارة أو تسقط الطيارة ، فيصاب الراكب بالضرر . هنا أيضاً لم ينفذ أمين النقل التزامه نحو الراكب ، إذ هو ملتزم بسلامته ، فيكون مسئولا مسئولية عقدية ، ولكن لا عن فعله الشخصى ، بل عن فعل الشيء(١) .

٤٣٥ — المسئولية العقدية عن الأشياء كالمسئولية العقدية عن الفعل الشخصى تحكمها قواعد واحدة : والفروض الثلاثة التى قدمناها لا فرق فى الحكم بينها وبين المسئولية عن الفعل الشخصى . فالمدين بالعقد مسئول عن عدم تنفيذ التزامه مسئولية عقدية. وسواء كان هذا راجعاً إلى فعله الشخصى أو إلى فعل شيء فى حراسته ، فمسئوليته متحققة فى الحالتين ، وتطبق القواعد ذاتها فى كل منهما . ويعتبر « فعل الشيء » فى الفروض المتقدمة هو فعل شخصى للمتعاقد ، لأن الشيء فى حراسته ، وهو مسئول عنه . فالمسئولية العقدية عن الأشياء هى كالمسئولية العقدية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ شخصى(٢) .

---

(١) [انظر سليمان مرقس (المصادر) بند ٢٨٥ ص ٣٧٥ حيث يقرر أن فعل الشيء الذى يكون فى حراسة المدين أو الذى يستخدمه المدين فى تنفيذ العقد لا يعتبر سبباً أجنبياً عنه فلا تندفع به مسئوليته — وانظر حشمت أبو ستيت بند ٣٦٢ ص ٢٣٣] .

(٢) انظر فى الموضوع مازو ٢ ص ٣٢٥ — ص ٣٤١ .

§ ٣ — تعديل قواعد المسئولية العقدية[1]

٤٣٦ — تعديل قواعد المسئولية العقدية عن طريق التأمين من المسئولية : يستطيع المدين أن يؤمن على مسئوليته العقدية كما يؤمن على مسئوليته التقصيرية[2]. ويؤمن على كل خطأ يصدر منه عدا الفعل العمد ، وعلى كل خطأ يصدر من أتباعه أو ممن يستخدمهم فى تنفيذ التزامه حتى عن الفعل العمد . فيستوى التأمين فى المسئوليتين . وتستوى قواعد التأمين أيضاً ، وسنفصلها عند الكلام فى المسئولية التقصيرية .

٤٣٧ — تعديل قواعد المسئولية العقدية عن طريق الاتفاق — النصوص القانونية : تنص المادة ٢١٧ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة » .

« ٢ — وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم . ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » .

« ٣ — ويقع باطلاً كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل

---

(١) [بعض المراجع : دوران (Durand) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ — بول اسمان : بحث فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٦ ص ٣١٣ وما بعدها — وفى نفس المجلة سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧ وما بعدها — هنرى وليون مازو جـ ٤ فقرة ٢٥١٩ وما بعدها من الطبعة الثانية — بلانيول وريبير وراداوان جـ ٧ بند ٨٥١ وما بعده — بيدان جـ ٨ ص ٤٢٣ بند ٥٨٤ — ص ٤٣٠ بند ٥٩٠ — دى باج جـ ٢ بند ٦٠٨ ص ٥٧٧ — وبند ١٠٥٥ ص ١٠٢٠ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٥٣٨ ص ٥٨٦ — وحشمت أبو ستيت بند ٤٩٦ ص ٤٦٥ — وأنور سلطان بند ٥١٣ ص ٥٧٧] .

(٢) [انظر : ستيفانى : التأمين عن الأخطاء (رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — وبيدان جـ ٨ ص ٤٢٥ وهامش ٢ — والدكتور سعد واصف : التأمين من المسئولية (رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٨)] .

غير المشروع »[1] .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٢١١ — بعد أن قضت الفقرة الأولى بأن مدى العناية الواجبة فى الالتزام ببذل عناية هى عناية الشخص المعتاد ما لم يوجد اتفاق مخالف — على ما يأتى : « وفى كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم » . وقد سبق ذكر النص بأكمله[2] .

ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً فيما نص عليه من الأحكام المتقدمة ، بل اقتصر على تقنين ما كان الفقه والقضاء فى مصر يجريان عليه من المبادئ فى شأن التعديل الاتفاق من قواعد المسئولية العقدية ، وعلى تثبيت هذه المبادئ وتأكيدها فى نصوص تشريعية .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٥ من المشروع التمهيدى على وجه مماثل بخلاف لفظى طفيف . وقد أدخل هذا التعديل اللفظى فى لجنة المراجعة فأصبح النص مطابقا للنص الوارد فى القانون الجديد، وأصبح رقم النص هو المادة ٢٢٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢١٧ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٥٢ — ص ٥٥٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقنيناً للقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها فى هذا الشأن . فقد يجعل عبء المسئولية أشد وقراً بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث الفجائى وبهذا يكون المدين مؤمناً للدائن من وجه . وقد تخفف المسئولية ، على نقيض ذلك ، باشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى ، إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة فى الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية . فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز فى المسئولية التعاقدية ، كذلك يمتنع اشتراط الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، أياً كانت درجة الخطأ ، ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلا لمخالفته للنظام العام . على أن ذلك لا ينفى جواز التأمين على الخطأ ، ولو كان جسيما ، بل وفى نطاق المسئولية التقصيرية ذاتها ، متى كان لا يرتفع إلى مرتبة الغش . كما أن للأفراد أن يتفقوا على الإعفاء من المسئولية الناشئة عن خطأ من يسألون عن أعمالهم ، بل وعن الغش الواقع من هؤلاء ، سواء أكانت المسئولية تعاقدية أم تقصيرية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى . السورى م ٢١٨ (مطابق) — الليبى م٢٢٠ (مطابق) — العراقى م ٢٥٩/١و٢ (مطابق) — اللبنانى: لامقابل (وقارب م١٢٨ — ١٣٩).

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢٨ — وانظر تاريخ النص فى هامش هذه الفقرة .

٤٣٨ — الأصل هو الحرية فى تعديل قواعد المسئولية العقدية بالاتفاق : ولما كانت المسئولية العقدية منشأها العقد ، وكان العقد وليد إرادة المتعاقدين ، فالإرادة الحرة هى إذن أساس المسئولية العقدية . وإذا كانت الإرادة الحرة هى التى أنشأت قواعد هذه المسئولية ، فإن لها أن تعدلها[1] . فالأصل إذن هو حرية المتعاقدين فى تعديل قواعد المسئولية العقدية ، وذلك فى حدود القانون والنظام العام والآداب .

أما المسئولية التقصيرية فهى ليست وليدة الإرادة الحرة ، بل هى حكم القانون . وسنرى لذلك أنه لا يجوز تعديل قواعدها بالاتفاق ، كما جاز فى المسئولية العقدية .

٤٣٩ — الأحكام التى قررتها النصوص فى جواز تعديل المسئولية العقدية بالاتفاق : والأحكام التى قررتها النصوص ، والتى كان الفقه والقضاء فى مصر يجريان عليها فى غير اضطراد فاستقرت بعد أن قننتها نصوص تشريعية ، يمكن ردها إلى مبدأين رئيسيين :

المبدأ الأول : يقضى بحرية المتعاقدين فى التعديل من قواعد المسئولية العقدية . فلهما أن يتفقا على التشديد من هذه المسئولية بأن يُجعل المدين مسئولا حتى عن السبب الأجنبى ، ويكون هذا بمثابة تأمين للدائن[2] . ولهما أن يتفقا على التخفيف منها بألا يُجعل المدين مسئولا حتى عن تقصيره .

والمبدأ الثانى : يقضى بأن النظام العام يقيد من حرية المتعاقدين ، فلا يجوز التخفيف من المسئولية العقدية إلى حد الإعفاء من الفعل العمد أو ما يلحق بالفعل العمد وهو الخطأ الجسيم . وذلك أنه لو صح للمدين أن يعفى نفسه من المسئولية عن الفعل العمد فى عدم تنفيذ التزامه العقدى ، لكان التزامه معلقاً على شرط إرادى محض . وهذا لا يجوز .

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن الاتفاق على عدم مسئولية المؤجر عما يصيب المحصول من هلاك بسبب القوة القاهرة هو اتفاق جائز قانوناً ولا مخالفة فيه للنظام العام : نقض مدنى ١٩٥٨/١١/١٣ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٨٩ ص ٦٨٩] .

(٢) استئناف مختلط فى ٥ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٠٩ .

والخطأ الجسيم ملحق بالفعل العمد ، ويأخذ حكمه . ولكن يجوز للمدين أن يعفى نفسه من المسئولية عن عمل الغير ، حتى لو كان هذا العمل عمداً أو خطأ جسيماً ، فإن عمد الغير لا ينزل منزلة الشرط الإرادى المحض[1] .

---

(١) استئناف مختلط فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ١١ — وفى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ — وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ — والتون ٢ ص ٢٧٠ — ص ٢٧٢ — الدكتور عبد السلام ذهنى فقرة ٢٧٣ — الدكتور محمد صالح فى أصول التعهدات فقرة ٤٧ .

وفى عقود النقل كان القضاء المصرى يحرم الإعفاء من المسئولية عن العمد والخطأ الجسيم (استئناف مختلط فى ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٣٢٢ ص ٧٣) . وكان من شأن الإعفاء من المسئولية عن الخطأ اليسير أن ينقل عبء الإثبات فيجعله فى جانب الدائن كما كان الأمر فى فرنسا قبل قانون رابييه (Rabier) (استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ — وفى ١٨ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٠ — وفى ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١) . ولكن قضت محكمة الاستئناف المختلطة بعد ذلك بأن شرط الإعفاء من المسئولية فى عقود النقل غير جائز حتى عن الخطأ اليسير ، بل ليس من شأن هذا الشرط أن ينقل عبء الإثبات إلى الدائن (استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ — قارن استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٠ — أنظر والتون ٢ ص ٢٧٩ — ص ٢٨٠) . وبذلك سارت محكمة الاستئناف المختلطة على حكم قانون رابييه دون أن يكون فى مصر قانون مماثل ، وذلك لاعتبارات خاصة فى عقود النقل تجعل التشديد فى مسئولية أمين النقل أمراً مرغوباً فيه (أنظر فى هذه الاعتبارات والتون ٢ ص ٢٨٠ - ص ٢٨٣) . وقد تصلح نظرية عقود الإذعان سبباً لإبطال الإعفاء من المسئولية فى عقود النقل .

أما الإعفاء الاتفاق من المسئولية العقدية عن عمل الغير فى الخطأ اليسير فجائز فى مصر فى القضاء والفقه (استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٩٨ — والتون ٢ ص ٢٧٢ — ص ٢٧٤) . وإذا كان خطأ الغير جسيماً أو عمدياً ، فكان القضاء فى مصر لا يجيز الإعفاء من المسئولية (استئناف مختلط فى ١٦ نوفمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ١٤ — وفى ٣١ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٢٢٢) ، ويجيزه الفقه فى الخطأ الجسيم (والتون ٢ ص ٢٧١ — ٢٧٢) ، والقانون المدنى الجديد يجيزه حتى فى العمد كما بينا (قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧) . هذا ولا يعتبر خطأ من عمل الغير خطأ مدير الشركة ، فالمدير أداة (organe) الشركة لا وكيل عنها ، فلا يجوز للشركة أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من مديرها . ولكن يجوز أن تعفى نفسها من العمد أو الخطأ الجسيم إذا صدر من عمالها . [وقارن نقض جنائى فى ٢/٤/١٩٥٦ - مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة السابعة رقم ١٣٣ ص ٤٥٩ حيث قضت المحكمة بعدم جواز الاتفاق على إعفاء الشركة من مسئوليتها عن جريمة التبديد التى اقترفها تابعها وذلك تطبيقاً لحكم المادة ٢١٧/٣ من التقنين المدنى التى تنص على أنه يقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع] .

٤٤٠ — **تحليل لهذه الأحكام وتطبيقها على الالتزام بغاية والالتزام بعناية :** وإذا حللنا الأحكام التى قدمناها فى ضوء ما عرفناه من قواعد المسئولية العقدية ، رأينا أن الأمر يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمقدار العناية المطلوبة من المدين فى تنفيذ التزامه العقدى . وتتدرج هذه العناية تدرجاً ملحوظاً[1] .

ففى الالتزام بغاية ، حيث يبلغ مقدار العناية المطلوبة الدرجة القصوى ، إذ يطلب دائماً تحقيق الغاية المتعاقد عليها ، لا ترتفع مسئولية المدين إلا فى حالة السبب الأجنبى . ويكون المدين مسئولا عن الفعل العمد ، وعن أى خطأ ، جسيما كان أو يسيراً أو تافهاً ، بل وعن الفعل مجرداً من أى خطأ . ويمكن تبعاً لهذا التدرج أن نتصور الاتفاق على تشديد المسئولية العقدية حتى تشمل المسئولية عن السبب الأجنبى ، وهذا كما قدمنا ضرب من التأمين يلتزم به المدين نحو الدائن . كذلك يمكن أن نتصور الاتفاق على تخفيف المسئولية العقدية فى أدنى صورة من صوره ، فلا يكون المدين مسئولا عن فعله المجرد من الخطأ . وعند ذلك ينقلب الالتزام بغاية إلى التزام بعناية ، ولا يكون المدين مسئولا إلا إذا أثبت الدائن أنه ارتكب خطأ ولو تافهاً[2] . وقد يتدرج المدين فى التخفف من المسؤلية ، فيشترط إعفاءه

(١) تدرج مقدار العناية المطلوبة من المدين ، بحيث تتدرج المسؤلية معها عن أخطاء متدرجة ، من الفعل العمد إلى الخطأ الجسيم إلى الخطأ اليسير إلى الخطأ التافه ، هو القدر الذى يصلح للبقاء فى رأينا من نظرية تدرج الخطأ المهجورة ، أما توزيع هذه الأخطاء المتدرجة على طوائف مقسمة من العقود ، وهو الأساس الذى قامت عليه هذه النظرية ، فهذا هو الذى ظهر فساده وكان السبب فى هجر النظرية .

(٢) ويقع عبء الإثبات فى المسئولية العقدية المخففة على الدائن ، وقد رأينا أن هذا العبء يقع عليه فى المسئولية العقدية الكاملة ، فأولى أن يقع فى المسئولية المخففة . ففى عقد النقل — حيث يلتزم أمين النقل بسلامة الراكب والتزامه التزام غاية فيكون مسئولا إلا إذا أثبت السبب الأجنبى — إذا اشترط أمين النقل إعفاءه من المسئولية العقدية وأمكن تفسير ذلك على أنه إعفاء من المسئولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ التافه ، فلا يكون أمين النقل مسئولا إلا إذا أثبت الراكب فى جانبه خطأ يسيراً ، ومن ثم يصبح عبء الإثبات على الراكب لا على أمين النقل . أما القضاء الفرنسى فيذهب هذا المذهب . ولكن على أساس أن شرط الاعفاء من المسئولية يسقط المسئولية العقدية ، فتبقى المسئولية التقصيرية إذا أثبت الراكب خطأ فى جانب أمين النقل . وعيب هذا التأسيس أنه يسمح بالخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وسنرى عند الكلام فى المسئولية التقصيرية أنه لا خيرة بين المسئوليتين ، وأن المسئولية العقدية إذا تحققت لا تفسح المسئولية التقصيرية مكاناً إلى جانبها (أنظر فى هذا الموضوع مازو ٣ فقرة ٢٥٤٥ وما بعدها) . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى (فقرة ٤٤١) .

من المسئولية عن الخطأ التافه ، ثم عن الخطأ اليسير . فإذا وصل إلى هذا المدى لا يكون مسئولا إلا إذا أثبت الدائن فى جانبه العمد أو الخطأ الجسيم[١] . ولكن إلى هنا يستطيع أن يصل فى التخفف من مسئوليته ، ولا يستطيع أن يصل إلى مدى أبعد . فلا يجوز أن يشترط إعفاءه من المسئولية عن فعله العمد أو عن خطئه الجسيم ، ما لم تكن المسئولية مترتبة على فعل الغير فيجوز له ذلك[٢] . وقد ورد نص تشريعى فى ضمان استحقاق المبيع ، وهو التزام بغاية ، يعتبر تطبيقاً لهذه الأحكام . إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ على أنه « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان » . ثم نصت الفقرة الثالثة من المادة ذاتها على أنه « يقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبى » . وكذلك الأمر فى ضمان العيوب الخفية فى المبيع ، حيث نصت المادة ٤٥٣ على أنه « يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا فى الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب فى المبيع غشاً منه » .

وفى الالتزام بعناية تكون درجة العناية المطلوبة ، حيث لا يوجد نص أو اتفاق خاص هى عناية الشخص المعتاد . فلا يكون المدين مسئولا عن السبب الأجنبى ، ولا عن الفعل المجرد من الخطأ ، ولا عن الخطأ التافه . ويكون مسئولا عن فعله العمد ، وعن خطئه

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن النص فى عقد الإيجار على إعفاء المؤجر من كل مسئولية تنشأ عن الرى وعطل آلاته وتغيير طريقته هو شرط صحيح قانوناً ملزم للمستأجر (نقض مدنى ١٨ نوفبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦ ص١٢٧) — وقضت أيضاً فى ١٩٦٢/٣/٢٩ (مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٥٨ ص ٣٧٣) بأن الاتفاق فى سند الشحن على إعفاء مصلحة السكة الحديد من المسئولية عن الأضرار التى تلحق بالبضائع يكون صحيحاً طالما أن تلك الأضرار لم تنشأ عن غش أو خطأ جسيم من جانبها — فلا يسوغ إهدار شرط الإعفاء من المسئولية فى حالة ثبوت تراخى الناقل فى استلام البضاعة من محطة الوصول إلى ما بعد استحقاق رسوم الأرضية ثم اكتشافه وجود عجز فى البضاعة بعد ذلك] .

(٢) قارن مازو ٣ فقرة ٢٥٢٧ — ويرى الأستاذان أن المدين لا يستطيع أن يشترط إعفاءه من الفعل العمد أو الخطأ الجسيم حتى فى كان صادراً من الغير ، لأن الخطأ الصادر من الغير يعتبر صادراً منه هو .

الجسيم ، وعن خطئه اليسير . وقد يشدد باتفاق خاص من هذه المسئولية ، فيصبح مسئولا عن الخطأ التافه ، ثم عن الفعل المجرد من الخطأ . وهنا ينقلب الالتزام بعناية إلى التزام بغاية، إلى التزام بغاية ، إذ يصبح المدين مسئولا عن تحقيق غاية لا يتخلص من المسئولية عنها إلا بإثبات السبب الأجنبي . وقد يشدد فى مسئوليته إلى مدى أبعد فيصبح مسئولا حتى عن السبب الأجنبي ، وهذا ضرب من التأمين كما قدمنا . وقد يتخفف من مسئوليته ، فلا يكون مسئولا عن الخطأ اليسير . ويبقى مسئولا عن الفعل العمد وعن الخطأ الجسيم ، فلا يستطيع أن يعفى نفسه بشرط خاص من المسئولية عنهما ، ما لم تكن المسئولية مترتبة على فعل الغير .

ونرى من ذلك أن الالتزام بغاية قد ينقلب إلى التزام بعناية ، وأن الالتزام بعناية قد ينقلب إلى التزام بغاية ، وأن المهم فى كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين . فمن السبب الأجنبي ، إلى الفعل المجرد من الخطأ ، إلى الخطأ الجسيم ، إلى الفعل العمد ، يتدرج المدين فى مسئوليته العقدية عن نفسه أو عن الغير ، وفقاً لما ينص عليه القانون أو يقضى به الاتفاق . ولا يقف دون ذلك حتى هذا التقسيم الجوهرى للالتزام إلى التزام بغاية والتزام بعناية[1] .

---

(١) هذه القواعد التى بسطناها فى الإعفاء الاتفاقى من المسئولية العقدية فى حاجة إلى مزيد من التأمل فى فروض ثلاثة ، حيث تستهدف لاعتراضات يسهل دفعها :

(أ) قد تشترط شركة إعفاءها من المسئولية العقدية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من مديرها . وقد أخذ على قواعد الإعفاء الاتفاقى المتقدم ذكرها أنها تجعل هذا الشرط صحيحاً لأنه إعفاء من المسئولية عن فعل الغير ، وكان الواجب أن شرطاً كهذا لا يصح . وردنا على ذلك ما قدمناه من أن مدير الشركة لا يعتبر وكيلا عنها ، بل يعتبر أداة لها (organe) ، فمسئولية الشركة عن فعله تعتبر مسئولية عن فعل شخصى لا عن فعل الغير . فلا يجوز إذن للشركة أن تعفى نفسها من المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر منها أو من مديرها ، فهذا وذاك بمنزلة سواء .

(ب) تستطيع شركات النقل أن تعفى نفسها من المسئولية عن السرقات التى ترتكبها عمالها ، إذ أن هذا يعتبر إعفاء من المسئولية عن فعل الغير وهو صحيح وفقاً للقواعد المتقدم ذكرها . وردنا على ذلك أن مثل هذا الشرط إذا فرضته شركات النقل الكبرى على عملائها يعتبر شرط إذعان يجوز للقاضى إبطاله وفقاً للمادة ١٤٩ .

=

٤٤١ — الآثار التى تترتب على شروط الإعفاء من المسئولية العقدية : إذا كان شرط الإعفاء من المسئولية العقدية صحيحاً على النحو الذى فصلناه ، فإنه يعفى المدين من المسئولية بالقدر الذى يتسع له الشرط[1] . ويبقى المدين مسئولا فيما وراء ذلك . ولكن القضاء الفرنسى — واقتدى به القضاء المصرى فى ظل التقنين القديم — يضيق من أثر شرط الإعفاء . فعنده أن المسئولية التقصيرية تجتمع مع المسئولية العقدية ، وللدائن الخيرة بين هاتين المسئوليتين . فإذا كان هناك شرط يعفى من المسئولية العقدية ، بقيت المسئولية التقصيرية ، وعلى الدائن أن يثبت خطأ فى جانب المدين حتى يطالبه بالتعويض ، لا على أساس المسئولية العقدية وقد أعفى المدين منها ، بل على أساس المسئولية التقصيرية وشرط الإعفاء لا يتناولها ولا يجوز أن يتناولها لأن الإعفاء من المسئولية التقصيرية يتعارض مع النظام العام . فكأن شرط الإعفاء من المسئولية العقدية لم يفعل إلا أن نقل عبء الإثبات من المدين إلى الدائن[2] . وهذه النتيجة تلزم من يقول بالخيرة بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية . أما نحن فلا نقول بالخيرة كما سنبين عند الكلام فى المسئولية التقصيرية . ولذلك نرى أن شرط الإعفاء إذا كان صحيحاً أعفى المدين من المسئولية العقدية ، ولا محل للمسئولية التقصيرية إذ أن هذه لا تجتمع مع تلك[3] .

=(ج) يستطيع المدين أن يعفى نفسه من المسئولية العقدية عن الضرر الذى يحدثه بالدائن فى جسمه بخطئه اليسير ، ويكون الإعفاء صحيحاً طبقاً للقواعد المتقدم ذكرها ، مع أن هناك ميلا إلى جعل الإعفاء من المسئولية لا يجوز إلا فى الضرر الذى يلحق المال دون الجسم (أنظر مازو ٣ فقرة ٢٥٢٩ وما بعدها) . وعلاج ذلك أن نميز بين ما إذا ورد هـذا الشرط فى عقد من عقود الإذعان ، كعقد النقل أو العقد الذى يتم بين الطبيب والمريض ، فيجوز للقاضى أن يبطله ، وما إذا ورد فى غير عقود الإذعان فيصح . والقضاء الفرنسى يعتبر الشرط صحيحاً فى جميع الأحوال . ويحسن، بالنسبة إلى عقد النقل ، أن يصدر فى شأنه تشريع خاص يواجه ملابساته المختلفة .

(١) [هذا . ويشير بيدان إلى وجوب التمييز بين شروط الإعفاء من المسئولية وشروط التخفيف أو الحد من المسئولية . راجع بيدان جـ ٨ بند ٥٩٠ ص ٤٣٠ — و ص ٤٢٥ هامش ٢] .

(٢) [انظر بهذا المعنى بيدان جـ ٨ ص ٤٢٣ فقرة ٥٨٤ حيث يقرر أن القضاء الفرنسى يغير الاتفاق على الإعفاء من المسئولية ولكنه لا يعترف له إلا بأثر محدود ، وهو قلب عبء الإثبات] .

(٣) هذا وقد قدمنا أنه يمكن تفسير الإعفاء من المسئولية العقدية فى بعض العقود ، وبخاصة فى عقد=

وعلى المدين الذى يتمسك بشرط الإعفاء أن يثبت وجود هذا الشرط . ويصعب فى كثير من الأحوال على المدين إثبات أن الدائن قبل شرط الإعفاء ، لا سيما إذا كان هذا الشرط منزوياً فى ورقة مطبوعة هى « بوليصة شحن » أو « تذكرة سفر » ، أو فى ورقة موضوعة فى مكان غير ظاهر فى فندق أو مطعم أو نحو ذلك . وتقوم صعوبتان فى مثل هذه الحالات لقبول شرط الإعفاء : أولاهما احتمال أن يكون الدائن لم ير هذا الشرط فلا يعتبر قابلا له وفقاً لنظرية الإرادة الباطنة ، والثانية أن الشرط — بفرض أن الدائن قد رآه ولم يعترض عليه — قد يعتبر شرط إذعان تعسفى للقاضى أن يبطله .

أما إذا كان شرط الإعفاء من المسئولية العقدية باطلا وفقاً للقواعد التى تقدم ذكرها ، فشرط الإعفاء وحده هو الذى يبطل ويبقى العقد قائماً دون شرط الإعفاء[٢] .

= النقل ، على أنه إعفاء من الفعل المجرد من الخطأ ومن الخطأ التافه . فإذا استقام هذا التفسير فى عقد ، جاز القول فى نظرنا إن مسئولية المدين العقدية — لا التقصيرية — تتحقق إذا أثبت الدائن فى جانب المدين خطأ يسيراً . ويكون الخطأ فى هذه الحالة خطأ عقدياً لا خطأ تقصيرياً (أنظر سابقاً فقرة ٤٤٠ فى الهامش) . ولكن يغلب أن يتناول شرط الإعفاء من المسئولية العقدية كل ما يمكن الإعفاء منه فى هذه المسئولية ، فيشمل المسئولية عن الفعل المجرد من الخطأ وعن الخطأ التافه وعن الخطأ اليسير ، دون المسئولية عن الفعل العمد أو الخطأ الجسيم ، فهذان لا يجوز الإعفاء من المسئولية عنهما كما قدمنا .

(٢) مازو ٣ فقرة ٢٥٦٢ — فقرة ٢٥٦٤ . وهذا إلا إذا ثبت أن شرط الإعفاء من المسئولية العقدية كان هو الدافع إلى التعاقد ، فيبطل العقد كله ، ولا يتحقق هذا نادراً .

وتسرى القواعد التى قدمناها فى صورتين تعتبران إعفاء اتفاقياً محوراً من المسئولية العقدية : (الصورة الأولى) أن يشترط المدين فى المسئولية العقدية ألا تجاوز مسئوليته ، إذا تحققت ، مبلغاً معيناً من المال أقل من الضرر الذى وقع . ولكن يشترط أن يكون المبلغ المتفق عليه جدياً ، لا رمزياً يقصد به الإعفاء الكامل من المسئولية . أما إذا قصد أن يكون المبلغ معادلا للضرر ، فهذا هو الشرط الجزائى . (والصورة الثانية) أن يشترط المدين فى المسئولية العقدية مدة لتقادم التزامه العقدى تكون أقصر من المدة المقررة قانوناً .

المطلب الثانى

الضرر

(Le préjudice)

٤٤٢ — *عبء إثبات الضرر* : الركن الثانى فى المسئولية العقدية هو الضرر . فلا بد من وجود ضرر حتى تترتب هذه المسئولية فى ذمة المدين . والدائن هو الذى يحمل عبء إثبات الضرر ، لأنه هو الذى يدعيه[١] . ولا يفترض وجود الضرر لمجرد أن المدين لم يقم بالتزامه العقدى ، فقد لا ينفذ المدين التزامه ولا يصيب الدائن ضرر من ذلك[٢] . ففى عقد النقل مثلا ، إذا تأخر أمين النقل فى تسليم البضاعة ، أو تأخر الراكب عن الوصول فى الميعاد ، فإن مجرد التأخر لا يكفى لاستخلاص وجود الضرر ، بل يجب على الدائن أن يثبت أنه قد أصابه ضرر معين من جراء هذا التأخر[٣] .

ويستثنى من ذلك فوائد النقود . فإذا استحقت فوائد عن التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، فإن الضرر مفترض ولا يكلف الدائن إثباته[٤] . بل لا يجوز للمدين أن يثبت

---

(١) [انظر بيدان حـ ٨ ص ٤٢١ فقرة ٥٨٢]

(٢) [وقد قضت محكمة النقض أن الضرر ركن من أركان المسئولية وثبوته شرط لازم لقيامها وللقضاء بالتعويض تبعاً لذلك . فإذا تمسك رب العمل فى دفاعه بأن العامل لم يلحقه ضرر من جراء فصله وذلك لالتحاقه بخدمة رب عمل آخر أو لغير ذلك من الأسباب فإن ذلك يكون دفاعا جوهرياً يحتمل فيما لو ثبت أن يتغير معه وجه الرأى فى الدعوى ، فيتعيب الحكم بالقصور لو التفت عنه ولم يعن بتمحيصه : نقض مدنى ٧/١/١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ٢ ص ٢٥ — ونقض مدنى ٣٠/٥/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٠٦ ص ٧١٦] .

(٣) انظر فيما يتعلق بعقد النقل : مازو ٢ فقرة ١٦٨٢ [وقد قضت محكمة استئناف القاهرة فى ١٧/١٠/١٩٦٢ (المجموعة الرسمية السنة ٦٠ رقم ١٠ ص ٦٩) بأنه لا يشترط الضرر للحكم بالتعويض القانونى المنصوص عليه فى المادة (١٠٦) من القانون التجارى البحرى فى حالة عدم شحن مستأجر السفينة لشىء فى الميعاد ، إذ من المقرر أن الناقل يستحق هذا التعويض ولو لم يلحقه ضرر كما أنه لا يستحق تعويضاً أكبر إذا ثبت أن الضرر الذى لحقه يتجاوز نصف الأجرة ، وذلك خلافا للقواعد العامة المقررة فى القانون المدنى] .

(٤) [انظر بيدان جـ ٨ ص ٤٢٢ فقرة ٥٨٣ — ومقال باليس (Balis) فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٩٧ عن التعويضات المستحقة عن التأخر فى تنفيذ التزام بمبلغ من النقود] .

أن الدائن لم يلحق به ضرر ليتخلص من المسئولية . وقد نصت المادة ٢٢٨ على هذا الحكم فقالت : « ولا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » .

أما الشرط الجزائى فلا يغنى عن إثبات الضرر . ولكنه ينقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين . فالضرر مفروض إلا إذا أثبت المدين أنه لم يقع[1] . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ على هذا الحكم إذ تقول : « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » .

٤٤٣ — *مسألتان للبحث* : والضرر إما أن يكون مادياً أو أدبياً . والتعويض عن الضرر فى المسئولية العقدية محدود المدى ، فلا تعويض إلا عن الضرر المتوقع .

فنبحث إذن مسألتين : (١) الضرر المادى والضرر الأدبى . (٢) مدى التعويض عن الضرر .

§ ١ — الضرر المادى والضرر الأدبى

٤٤٤ — *كيف يتحقق كل من الضرر المادى والضرر الأدبى* : قد يصيب الدائن فى المسئولية العقدية ضرر مادى فى ماله أو فى جسمه ، كالمعير لا يستطيع استرداد الشيء المعار ، وكالراكب يؤذى فى سلامته عند النقل . والضرر المادى هو الأكثر الأغلب . ولكن قد يكون الضرر ، وهذا نادر فى المسئولية العقدية ، أدبياً يصيب الدائن فى شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو نحو ذلك .

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وجد شرط جزائى فى العقد يلزم البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التى لا يوردها ، فإن تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً فى تقدير المتعاقدين فلا يكلف الدائن بإثباته ويقع على عاتق المدين (البائع) فى هذه الحالة عبء إثبات انتفاء الضرر إعمالا للشرط الجزائى على ما جرى به قضاء محكمة النقض (نقض مدنى فى ١٢/١١/١٩٥٩ رقم مجموعة أحكام النقض ١٠ ٩٧ ص ٦٤١)] .

ويجب على كل حال فى الضرر أن يكون واقعاً أو محقق الوقوع . ونبحث هذا الشرط فى الضرر المادى لأن ظهور الحاجة إليه أكثر وضوحاً فيه . ثم نبحث الضرر الأدبى .

ا — الضرر المادى (préjudice matériel) :

٤٤٥ — **الضرر الحال** (préjudice actuel) : الضرر الحال هو الضرر الذى وقع فعلا ، والأصل أن التعويض يكون عن الضرر الحال . ويعوض عن الضرر المستقبل إذا كان محقق الوقوع كما سنرى .

أما إذا لم يقع ضرر أصلا فلا تعويض . مثل ذلك تأخر الراكب فى الوصول قد لا ينجم عنه ضرر ، فلا يرجع الراكب بتعويض على أمين النقل . وإذا كلف الموكل وكيله أن يقيد رهناً لمصلحته ، فلا يقوم الوكيل بقيد الرهن ، ويتبين بعد ذلك أن العقار المرهون كان قبل الرهن مستغرقاً بالدين ، فلا تعويض للموكل إذ لم يلحقه ضرر .

٤٤٦ — **الضرر المستقبل** (préjudice futur): وقد لا يقع الضرر فى الحال ، ولكن يكون محقق الوقوع فى المستقبل[1] . مثل ذلك مصنع يتعاقد على استيراد خامات يدخرها للمقبل من الأيام ، فيخل المورد بالتزامه نحوه . فالضرر هنا لا يلحق المصنع فى الحال إذ عنده خامات كافية ، ولكن يلحق به الضرر مستقبلا عند ما ينفد ما عنده ويصبح فى حاجة إلى الجديد الذى تعاقد على استيراده . ولما كان الضرر فى هذا المثل محقق الوقوع فى المستقبل ، ويستطاع تقدير التعويض عنه فى الحال ، فإن للمصنع أن يرجع فوراً بالتعويض على المورد . ولكن قد يحدث أن الضرر المستقبل يكون محقق الوقوع ولا يستطاع تقدير التعويض عنه فى الحال ، إذ يتوقف مدى الضرر على عامل مجهول لما يعرف . مثل ذلك راكب يصاب بحادث أثناء النقل ولا تعرف مدى إصابته إلا بعد وقت غير قصير ، فإذا رجع على أمين النقل بتعويض ، وجب التربص حتى يعرف مدى

(١) [بيدان ج ٨ بند ٦٠٢ ص ٤٣٦ -- جوسران ج ٢ بند ٦٣١] .

الضرر ليتقاضى عنه تعويضاً كافياً . وسنعالج هـذه المسألة بتفصيل أوفى فى المسئولية التقصيرية .

٤٤٧ — الضرر المحتمل (préjudice éventuel) : وقد يكون الضرر محتملا : لا هو قد تحقق فعلا ، ولا هو محقق الوقوع فى المستقبل . مثل ذلك أن يحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللا يخشى معه أن تتهدم العين . فالخلل ضرر حال ، ولـكن تهدم العين ضرر محتمل. ويعوض المؤجر عن الضرر الحال فوراً . أما الضرر المحتمل فلا يعوض عنه إلا إذا تحقق . وسنرى عند الكلام فى المسئولية التقصيرية أنه يجب التمييز أيضاً بين الضرر المحتمل ، ولا يعوض عنه إلا إذا تحقق كما قدمنا ، وتفويت الفرصة ، ويعوض عنه فى الحال .

ب — الضرر الأدبى (préjudice moral) :

٤٤٨ — أمثلة على الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية : سنرى عنـد الـكلام فى المسئولية التقصيرية أن الضرر الأدبى قد يصيب الجسم فيما يلحق به من ألم أو يحدث فيه من تشويه ، وقد يصيب الشرف والاعتبار والعرض ، وقد يصيب العاطفة والحنـان والشعور . وهو إذا كان يقع كثيراً فى المسئولية التقصيرية . فإن وقوعه فى المسئولية العقدية غير كثير . إذ الأصل أن الشخص يتعاقد على شىء ذى قيمة مالية .

ولـكن هذا لا يمنع من أن تـكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقد فى تنفيذ العقد ، فإذا أخل المدين بالتزامه لحق الدائن من ذلك ضرر أدبى . فالراكب إذا أصيب بجرح فى أثناء النقل لحقه من ذلك ضرر أدبى فى جسمه . والطبيب إذا أساء علاج المريض أصابه كذلك بضرر أدبى فى صحته . وقد يذيع الطبيب سراً للمريض لا تجوز إذاعته ، فيصيب المريض ضرر أدبى فى سمعته . كذلك قد يذيع الوكيل عن موكله ما يؤذيه فى اعتباره . وقد يشترى شخص تذكاراً عائلياً ليست له إلا قيمة أدبية محضة بالنسبة إليه . فإذا أخل البائع بتنفيذ التزامه كان الضرر الذى يصيب المشترى من جراء ذلك ضرراً أدبياً .

والناشر إذا نشر كتاباً لمؤلف فشوهه ، قد لا يصيب المؤلف بضرر مادى ، ولكن المحقق أن يصيبه بضرر أدبى . والفنان إذا تعاقد مع شخص على عمل فنى ، ففسخ المتعاقد معه العقد فسخاً تعسفياً ، قد يرى فى هذا الفسخ إضراراً أدبياً بسمعته . والقطار إذا تأخر عن الوصول فى ميعاده ، فلم يستطع أحد الركاب أن يشيع جنازة عزيز عنده بسبب هذا التأخر ، يكون قد أحدث ضرراً أدبياً للراكب فى عاطفته . بل إن امتناع المدين عمداً عن تنفيذ العقد يجعل التعويض أوسع مدى ، إذ يمتد إلى الضرر غير المتوقع ، وليس هذا إلا ضرباً من التعويض عن ضرر أدبى أصاب الدائن بسبب سوء نية المدين .

٤٤٩ — **جواز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية** : وقد ناقش الفقهاء فى فرنسا جواز التعويض عن الضرر الأدبى بوجه عام ، وعن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية بوجه خاص . وإذا لم يكن الآن لجواز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية التقصيرية خصوم يعتد بهم ، فإن بعضاً من الفقهاء لا يجيز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية . ويرجع السبب فى ذلك إلى أن تقاليد القانون الفرنسى القديم كانت لا تجيز هذا التعويض ، وقد ردد دوما وبوتييه هذا الحكم زاعمين خطأ أنه هو حكم القانون الرومانى ، ولكن الكثرة فى الفقهاء الفرنسيين تجيز التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية[1] .

أما فى القانون المصرى ؛ فقد كان التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية العقدية جائزاً فقهاً وقضاء[2] . وأورد التقنين الجديد نصاً صريحاً فى جواز التعويض عن الضرر الأدبى فى كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من هذا القانون على ما يأتى : «يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً ، ولكن لا يجوز فى

---

(١) انظر فى الفقه الفرنسى مازو ١ فقرة ٣٢٩ — فقرة ٣٣٤ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٣ ص ٩٥٩ .

هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

٤٥٠ — إحالة : وسنستوفى بحث التعويض عن الضرر الأدبى عند الكلام فى المسئولية التقصيرية . فما يقال هناك ينطبق هنا ، وبخاصة فى تعيين من له حق المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبى ومتى يمكن انتقال هذا الحق .

§ ٢ — مدى التعويض عن الضرر

٤٥١ — الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعوض عنه فى المسئولية العقدية : الضرر غير المباشر (indirect) لا يعوض عنه أصلا ، لا فى المسئولية العقدية ولا فى المسئولية التقصيرية . فلا يعوض إذن فى المسئوليتين إلا عن الضرر المباشر (direct)[١] .

ولكن فى المسئولية التقصيرية يعوض عن كل ضرر مباشر ، متوقعاً كان (prévisible) أو غير متوقع (imprévisible) . أما فى المسئولية العقدية فلا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم[٢] . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ صراحة على هذا الحكم إذ تقول :

« ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً

---

(١) [انظر الدكتور سليمان مرقس (المصادر) بند ٢٨٨ ص ٢٧٧ حيث يقرر أن الضرر يجب أن يكون مباشراً أى نتيجة طبيعية لعدم الوفاء . وأن هذا الشرط إذا كان قد أثار خلافاً فى الفقه فيما يتعلق بالمسئولية التقصيرية فإنه كان دائماً محل إجماع فيما يتعلق بالمسئولية العقدية . واشتراط كون الضرر مباشراً ليس شرطاً خاصاً بالضرر بل هو نتيجة حتمية لاشتراط ركن السببية . وانظر فى معيار الضرر المباشر ما سيأتى فى الفقرة ٦١٠ من هذا الكتاب] .

(٢) [انظر فيما يتعلق بالضرر المتوقع : بيدان جـ ٨ ص ٤٣٣ بند ٥٩٦ — وفى الضرر المباشر ص ٤٣٥ بند ٤٠٠ — ومقال إسمان فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧ — وتعليق رواست على حكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٨/١٠/١٩٢٦ فى داللوز ١٩٢٧ — ١ — ١٠١] .

أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد(١).

ونأتى بمثال يوضح ذلك ننقله عن « نظرية العقد »(٢) : يضطر المستأجر لإخلاء المنزل قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه من ترميم اشترطه عليه المستأجر. فينتقل إلى منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة ، وتتلف بعض المفروشات فى أثناء النقل ، ثم يكون فى المنزل الجديد « ميكروب » مرض معد ينقل إليه هذا المرض. فالفرق فى الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع. وقيمة المفروشات التى تلفت هى الضرر المباشر غير المتوقع. وما يتسبب عن المرض هو الضرر غير المباشر. والمؤجر لا يكون مسئولا إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، ما لم يكن قد أخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم فيكون مسئولا عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع(٣). كما فى المسئولية

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق. وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٢٢٨ فى المشروع النهائى. وأقره مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٢٢١ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٣ ص — ص ٥٦٦).

ويقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادتان ١٢٢/١٨٠ من هذا القانون ، ويجريان على الوجه الآتى : « ومع ذلك إذا كان عدم الوفاء ليس ناشئاً عن تدليس من المدين ، فلا يكون ملزماً إلا بما كان متوقع الحصول عقلا وقت العقد ».

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويكون للمسئولية التعاقدية ، فى حالتى الغش والخطأ الجسيم ، حكم المسئولية التقصيرية. أما فى غير هاتين الحالتين فلا يسأل المدين عن النتيجة الطبيعية للتخلف عن الوفاء بمجردها ، بل يشترط أن تكون النتيجة مما يمكن توقعه عادة وقت التعاقد. فإذا لم يتحقق فى النتيجة هذا الشرط ، خرجت بذلك من نطاق المسئولية التعاقدية وسقط وجوب التعويض عنها. ويراعى فى هذا الصدد أن توقع المتعاقدين للضرر الواجب تعويضه يجب ألا يقتصر على مصدر هذا الضرر أو سببه ، بل ينبغى أن يتناول فوق ذلك مقداره أو مداه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٥).

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٢٢/٢ (مطابق) — الليبى م ٢٢٤/٢ (مطابق) — العراق م ١٦٩/٣ (موافق) — اللبنانى م ٢٦٢ (موافق).

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٨٥٤ ص ٩٥٩.

(٣) [نقض مدنى ٤ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩١ ص ٧٠٣].

التقصيرية . ولا يكون المدين مسئولا أصلا عن الضرر غير المباشر حتى فى المسئولية التقصيرية[١] .

ومن المهم إذن أن نحدد عند اللبس ما إذا كانت المسئولية عقدية لا تعويض فيها إلا عن الضرر المتوقع ، أو هى مسئولية تقصيرية يكون التعويض فيها حتى عن الضرر غير المتوقع . فإذا أصيب الراكب فى حادث وتحققت مسئولية أمين النقل العقدية ، لم يكن أمين النقل مسئولا قبل الراكب وورثته من بعده إلا عن الضرر المتوقع عن هذا الحادث . أما إذا طالبت الورثة بتعويض باسمهم الشخصى ، لا باعتبارهم ورثة . فإن ذلك يكون على أساس المسئولية التقصيرية . ويستطيعون على هذا الأساس أن يحصلوا على تعويض ما أصابهم هم ، لا ما أصاب مورثهم من ضرر متوقع أو غير متوقع[٢] .

٤٥٢ — ماذا يبرر قصر التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع : ويقال عادة فى تبرير قصر التعويض على الضرر المتوقع إن المتعاقدين لم يتعاقدا إلا على ما يتوقعانه من الضرر. فالضرر غير المتوقع لا يدخل فى دائرة التعاقد ، فلا تعويض عنه . أما إذا كان هناك غش — أو ما يعدل الغش من خطأ جسيم — فى جانب المدين ، فمسئولية المدين تنقلب إلى مسئولية تقصيرية تشمل الضرر غير المتوقع[٣] وينتقد الأستاذان هنرى وليون مازو فكرة انقلاب المسئولية العقدية بالغش إلى مسئولية تقصيرية ، إذ لا يزال المدين مسئولا بالعقد ، حتى لو كان سيىء النية فى عدم تنفيذه . ويريان أن المسئولية عن الضرر غير المتوقع فى

---

(١) استئناف مختلط فى ٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٦٣ — وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفى ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٥١ — نقض فرنسى فى ١٨ مايو سنة ١٩١٥ سيريه ١٩١٧ — ١ — ٣٨ .

(٢) مازو ٣ فقرة ٢٣٧٧ .

(٣) [انظر فى بيان هذا الرأى : الدكتور سليمان مرقس (المصادر) ص ٣٧٧ — ويبدو أنه يميل إليه ، وإن كان قد أورد رأينا باعتباره رأياً عكسياً مخالفاً لاتجاه الفقه التقليدى] .

هذه الحالة ليست إلا عقوبة مدنية نص عليها القانون[1] .

ونرى من جانبنا أن نتلمس مبرراً للقاعدة فى الاعتبارات الآتية : الأصل فى المسئولية ، عقدية كانت أو تقصيرية ، وجوب التعويض عن الضرر المباشر بأكمله ، حتى لو كان غير متوقع . ذلك أن المدين مسئول عن كل هذا الضرر ، فهو الذى أحدثه مباشرة بخطئه . إلا أن المسئولية العقدية تتميز بأنها تقوم على العقد ، فإرادة المتعاقدين هى التى تحدد مداها . وقد افترض القانون أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى جعل المسئولية عن الضرر مقصورة على المقدار الذى يتوقعه المدين ، فهذا هو المقدار الذى يمكن أن يفترض افتراضاً معقولا أن المدين قد ارتضاه . ويكون هذا الافتراض المعقول بمثابة شرط اتفاقى يعدل من مقدار المسئولية بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع . ولكن لما كان هذا الشرط باطلا فى حالتى غش المدين وخطأه الجسيم كما قدمنا ، أصبح المدين فى هاتين الحالتين ملتزماً بالتعويض عن كل الضرر[2] ، متوقعاً كان أو غير متوقع ، لأنه رجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقى الذى يعدل من مقدار المسئولية[3] . ولعل هذا التبرير يعين على تفسير القواعد التى سنبسطها الآن فى تحديد الضرر المتوقع .

٤٥٣ — *تحديد الضرر المتوقع — توقع سبب الضرر ومقداره — معيار موضوعى :* لما كان مفروضاً أن المدين فى المسئولية العقدية لم يلزم نفسه إلا بالضرر المتوقع كما قدمنا ، وجب ، جرياً وراء هذا الفرض المعقول ، أن يكون المدين قد توقع الضرر ، لا فى سببه

---

(١) انظر مازو ٣ فقرة ٢٣٧٥ — ٣ إلى فقرة ٢٣٧٦ .

(٢) [ولكن يقع عبء الإثبات فى هذه الحالة على عاتق الدائن . فعليه أن يثبت أن هناك غشاً أو خطأ جسيما وقع من المدين ونجم عنه ضرر يجاوز قيمة الشرط الجزائى . انظر فى ذلك حكم محكمة استئناف القاهرة فى ٢٨/١١/١٩٦١ — المجموعة الرسمية السنة ٦٠ رقم ٢٦ ص ١٩٧] .

(٣) [قارن مرقس بند ٢٨٨ ص ٣٧٧ حيث أورد تعليل الشراح لما بين الحالتين من فرق ، بأن الأصل فى المسئولية العقدية قصر التعويض على الضرر المتوقع ، فإذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيما خرج بذلك على شريعة العقد ووقع فى نطاق المسئولية التقصيرية ووجب إلزامه بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع ما دام ضرراً مباشراً] .

فحسب ، بل أيضاً فى مقداره[1] . فإذا تعهدت شركة نقل بنقل «طرد» ، ثم ضاع «الطرد» فى الطريق ، وتبين أنه يحتوى على أشياء ثمينة لم تكن الشركة تتوقعها عند إبرام العقد ، فلا تكون الشركة مسئولة عن كل القيمة بدعوى أنها كانت تتوقع سبب الضرر ، وهو وقوع خطأ من عمالها قد يسبب ضياع « الطرد » ، بل لا تكون مسئولة إلا عن القيمة المعقولة « للطرد » ، إذ هى لا تسأل إلا عن الضرر الذى كانت تتوقعه فى سببه وفى مقداره[2] .

وينبنى أيضاً على هذا الفرض المعقول من أن المدين لم يلتزم إلا بالضرر المتوقع ، أن الوقت الذى ينظر فيه إلى توقع الضرر هو وقت إبرام العقد . فلو أن المدين لم يتوقع الضرر فى هذا الوقت ، ثم توقعه بعد ذلك ، فإنه لا يكون مسئولا عنه ، لأنه لم يلتزم به وقت إبرام العقد . وهذا هو ما ورد صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ ، إذ تنص على أن المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما لا يلتزم « إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » .

وتوقع المدين للضرر يقاس بمعيار موضوعى لا بمعيار ذاتى . فالضرر المتوقع هو — كما يقول النص — الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة ، أى الضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين ، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات[3] . فإذا أهمل المدين فى تبين الظروف التى كان من شأنها أن تجعله يتوقع الضرر ، فإن الضرر يعتبر متوقعاً ، لأن الشخص المعتاد لا يهمل فى تبين هذه الظروف ، أما إذا كان

---

(١) [انظر مرقس ص ٣٧٨ فى بيان الخلاف الفقهى فى هذا الموضوع حيث أشار إلى الرأى القائل بأنه يكفى أن يكون سبب الضرر هو المتوقع ولو بلغ الضرر قدراً لم يكن متوقعاً ، والرأى الآخر القائل بأن توقع سبب الضرر لا يكفى بل يجب أيضاً أن تكون قيمة الضرر ممكناً توقعها وقت العقد . وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية وقررته صراحة المادة ٢٢١/٢ من التقنين المدنى المصرى ، بما يحسم هذا الخلاف] .

(٢) نقض فرنسى فى ٧ يوليه ١٩٢٤ — سيريه ١٩٢٥ — ١ — ٣٢١ ومع ذلك انظر نقض فرنسى فى ١١ يونيه ١٩٢٨ — جازيت دى باليه ١٩٢٨ — ٢ — ٣٢٧ — مازو ٣ فقرة ٢٣٨٨ .

(٣) [انظر الدكتور سليمان مرقس (المصادر) ص ٣٧٨ — ٣٧٩] .

عدم توقع المدين للضرر يرجع إلى فعل الدائن ، كأن سكت الدائن عن إخطار شركة النقل بأن « الطرد » يحتوى على أشياء ثمينة بالرغم من مظهره ، فإن الشركة لا تكون مسئولة عن هذا الضرر ، إذ من حقها ألا تتوقعه ، وهذا ما كان الشخص المعتاد يفعله . كذلك إذا أعطى الدائن للمدين بيانات غير صحيحة ، للحصول مثلا على تعريفة مخفضة للنقل ، فلا ينتظر من المدين أن يتوقع الضرر الذى يترتب على عدم صحة هذه البيانات . بل إن سكوت المدين عن إعطاء بيانات لازمة قد يعتبر فى بعض الأحوال إخفاء للضرر ، فيكون المدين معذوراً إذا لم يتوقعه . فإذا سكت الراكب عن أن يبين لأمين النقل أنه يريد الوصول فى الميعاد لأنه سيشترك فى سباق ، أو سيؤدى امتحاناً ، أو سيحضر اجتماعاً هاماً ، أو سيمضى عقداً ، أو سيتقدم فى مزاد ، أو نحو ذلك من الأشياء العاجلة التى يجب أن تتم فى وقت محدد ، فلا يكون أمين النقل مسئولا عما يقع من ضرر لم يكن يتوقعه إذا وصل الراكب متأخراً عن الميعاد ، وإنما يكون مسئولا عن الضرر الذى ينجم عن التأخر فى الظروف المعتادة[1] .

أما إذا رجع عدم توقع الضرر لا إلى فعل المدين ولا إلى فعل الدائن ، بل إلى سبب أجنبى عنهما معاً ، فإن المعيار الموضوعى للشخص المعتاد هو الذى يطبق فى هذه الحالة ، وينظر

---

(١) [ويهتدى القضاء فى تقدير توقع الضرر أو عدم توقعه بظروف التعاقد . ففيما يتعلق بنقل الحقائب بالسكة الحديد يملك القضاء سلطة تقديرية فى تخفيض قيمة التعويض المطلوب بالنظر إلى حظ المسافر من الثراء وإلى مهنته وإلى الملابسات التى أحاطت بالسفر ، كشروط السفر ، والغرض من الرحلة ، إلى غير ذلك (بيدان جـ ٨ ص ٤٣٥ هامش ١) — ويشير بيدان إلى أنه قد تثور فى العمل صور مختلفة يجب الاهتداء فيها بمعيار حسن النية . ويضرب مثلا لذلك حالة من يبيع عقاراً ثم ترتفع قيمته بسبب فتح شارع بجواره ثم يستحق العقار فيرجع المشترى على البائع بالضمان . ويرى بيدان أن البائع فى هذه الحالة لا يكون ملزماً بزيادة القيمة إذا كان حسن النية لأن هذه الزيادة لم تكن متوقعة ، وإنما يلزم بها إذا كان سيء النية . ويرى بيدان تطبيق هذا المعيار فى جميع الحالات المماثلة (بيدان جـ ٨ بند ٥٩٨ ص ٤٣٤) . وقد أشرنا إلى هذا المثال لمجرد إيراد المعيار الذى استخدم بيدان المثال لإبرازه — أما فيما يتعلق بحكم الحالة التى يتضمنها فيلاحظ أن المادة ٤٤٣ من التقنين المدنى المصرى تقرر فى هذا الشأن التزام البائع برد قيمة المبيع وقت الاستحقاق (ولو ارتفعت عما كانت عليه وقت المبيع بسبب غير متوقع كفتح طريق مجاور — وهى نفس الحالة التى يشير إليها بيدان فى هذا المثال —) دون تفرقة فى ذلك بينما إذا كان البائع حسن النية أو سيء النية : انظر الجزء الرابع من الوسيط للمؤلف — (عقد البيع) — بند ٣٥٢ ص ٦٧٩)] .

هل كان الشخص المعتاد فى مثل هذه الظروف الخارجية يتوقع الضرر أو لا يتوقعه[1].

المطلب الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر
(Lien de causalité)

٤٥٤ — عبء الإثبات : لا يكفى أن يكون هناك خطأ وضرر ، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب فى الضرر ، أى أن تكون هناك علاقة سببية ما بين الخطأ والضرر . فقد يكون هناك خطأ من المدين ، كما قد يكون هناك ضرر أصاب الدائن ، دون أن يكون ذلك الخطأ هو السبب فى هذا الضرر . مثل ذلك أن يقود عامل النقل المركبة التى ينقل فيها بضائع الدائن بسرعة أكبر مما يجب . ولكن البضائع كانت قابلة للكسر ولم يصفها صاحبها بحيث يأمن عليها من التلف حتى لو كان عامل النقل يسير بسرعة معتدلة ، فتتكسر البضائع ، فيكون الضرر الذى أصاب الدائن فى هذه الحالة غير ناشىء من خطأ المدين بل من خطأ الدائن نفسه .

والمفروض أن علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر قائمة ، فلا يكلف الدائن إثباتها[2] بل إن المدين هو الذى يكلف بنفى هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة . فعبء الإثبات يقع عليه لا على الدائن . والمدين لا يستطيع نفى علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبى ، وذلك بأن يثبت أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى ، أو يرجع إلى خطأ الدائن ، أو يرجع إلى فعل الغير[3] والنص صريح فى هذا المعنى . فقد قضت المادة ٢١٥ بأنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً ، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء

(١) انظر انتقاداً لقاعدة قصر المسئولية العقدية على الضرر المتوقع فى مازو ٣ فقرة ٢٣٩١ .

(٢) [قارن : الدكتور سليمان مرقس بند ٣٨٩ ص ٢٨٠ وبند ٢٩٠ ص٣٨١]

(٣) [قارن : مرقس ص٣٨١ بند ٢٩٠ حيث يرى أن المدين يستطيع أيضاً أن ينفى علاقة السببية بطريق مباشر بأن يثبت أن الضرر الذى أصاب الدائن كان سيصيبه حتى لو لم يقع من المدين عدم الوفاء بالتزامه].

بالتزامه . ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه[١] .

٤٥٥ — إحالة : يبين مما تقدم أن السببية ركن مستقل عن الخطأ . وينعدم ركن السببية مع بقاء ركن الخطأ قائماً ، إذا كان الضرر لا يرجع إلى الخطأ ، بل يرجع كما قدمنا إلى سبب أجنبي . كذلك ينعدم ركن السببية حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج ، ولكنه لم يكن السبب المباشر .

والكلام في السبب الأجنبي ، وفي السبب المنتج والسبب المباشر ، تشترك فيه المسئوليتان العقدية والتقصيرية . لذلك نرجيء بحث هذه المسائل حتى نعرض للمسئولية التقصيرية . فنستوفي هناك بحثها تفصيلا .

---

(١) انظر أيضاً المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي .

الفصل الثالث

زوال العقد

٤٥٦ — **كيف يزول العقد** : العقد يزول بالانقضاء (extinction) والانحلال (dissolution) والإبطال (annulation) .

فهو ينقضي بتنفيذ الالتزامات التي ينشئها . وهذا هو مصيره المألوف[1] .

ولكنه قد يزول قبل تمام تنفيذه ، أو قبل البدء في تنفيذه ، فينحل . فالفرق إذن بين انحلال العقد وانقضائه أن الانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد أو قبل أن يتم تنفيذه . والانقضاء لا يكون إلا عند تمام التنفيذ .

وانحلال العقد غير إبطاله . كلاهما زوال (disparition) للعقد ، ولكن الانحلال يرد على عقد ولد صحيحاً ثم ينحل بأثر رجعي أو دون أثر رجعي ، أما الإبطال فيرد على عقد ولد غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي في جميع الأحوال . والعقد ، في حالة الإبطال وفي حالة الانحلال بأثر رجعي ، لا يزول فحسب ، بل يعتبر كأن لم يكن .

وقد رأينا فيما مر كيف يبطل العقد . ونبحث الآن كيف ينقضي وكيف ينحل .

٤٥٧ — **انقضاء العقد** : يجب التمييز هنا بين العقد الفوري والعقد الزمني[2] .

فالعقد الفوري ، ولو كان مؤجل التنفيذ ، ينقضي بتنفيذ ما ينشأ عنه من الالتزامات .

---

(١) [انظر بهذا المعنى حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ بند ٣٩٣ — أنور سلطان المصادر طبعة ١٩٦٢ بند ٣٤٨ — وقارن سليمان مرقس المصادر طبعة ١٩٦٠ بند ٣٣٠ — وقرب منه عبد المنعم الصدة بند ٣٦١ — وانظر دي باج جـ ٢ ص ٦٧٨ هامش ٢ — وبند ٧٥٤] .

(٢) [انظر سليمان مرقس (المصادر) بند ٣٣١ حيث يميز بين انحلال العقد وانتهاء (أو إنهاء) مدته . ويلاحظ أن انقضاء العقد بانتهاء المدة قاصر على العقود المستمرة (الزمنية) — أما أسباب انحلال العقد فترد على جميع أنواع العقود] .

فالبيع مثلا ينقضى بنقل ملكية المبيع إلى المشترى وتسلمه للعين ودفع الثمن والوفاء بالضمان وجميع الالتزامات الأخرى التى تنشأ عن العقد . وكل هذه الالتزامات ، عندما يحل وقت الوفاء بها ، تنفذ فوراً ، جملة واحدة أو على أقساط .

والعقد الزمنى انقضاؤه معقود بانقضاء الزمن ، لأن الزمن كما قدمنا عنصر جوهرى فيه . فالإيجار ينقضى بانتهاء المدة المحددة ، فإذا لم تحدد له مدة انقضى بإنهائه من أحد المتعاقدين مع مراعاة ميعاد الإخطار الذى يعينه القانون أو الاتفاق . وكالإيجار الشركة وعقد العمل وعقد العمل[1] .

٤٥٨ — انحلال العقد : وينحل العقد قبل انقضائه ، بل وقبل البدء فى تنفيذه فى كثير من الأحيان ، باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون[2] . فالانحلال باتفاق الطرفين هو التقايل (résiliation conventionnelle) . أما الأسباب التى يقررها القانون لانحلال العقد فأهمها الإلغاء بإرادة منفردة (résiliation unilatérale) والفسخ (résolution) .

٤٥٩ — التقايل : قد يتقايل المتعاقدان بأن يتفقا على إلغاء العقد . والتقايل يكون بإيجاب وقبول ، صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر فى العقد الأصلى[3] . والأصل أن

---

(١) أنظر فى الإيجار م ٥٦٣ ، وفى الشركة م ٥٢٩ ، وفى عقد العمل م ٦٩٤ فقرة ٢ — هذا وقد يبقى العقد حتى بعد انتهاء مدته ، ويكون هذا إجراء استثنائياً يقضى به القانون فى ظروف استثنائية ، كما فى التشريعات الخاصة بعقود إيجار المبانى عند اشتداد أزمة المساكن عقب حرب أو نحو ذلك .

وقد ينقضى العقد حتى قبل انتهاء مدته بموت أحد المتعاقدين إذا روعيت شخصيته عند التعاقد ، كما فى الشركة والمزارعة والإيجار الذى تراعى فيه شخصية المستأجر . [انظر حشمت أبو ستيت بند ٣٩٣ — وانظر دى باج جـ ٢ بند ٧٦٤ فى زوال العقد بوفاة أحد طرفيه — وانظر فى أثر الإفلاس وعوارض الأهلية فى زوال العقد : دى باج جـ ٢ بند ٧٦٥] .

(٢) [انظر فى محاولة وضع نظرية شاملة لأسباب انحلال العقد : دى باج جـ ٢ بند ٧٥٢ ص ٦٧٨ وهامش ١ حيث أشار إلى جهود بلانيول وجوسران فى هذا السبيل] .

(٣) [انظر آنفاً هامش ١ فى صحيفة ٦٩٩ — وانظر بيدان جـ ٨ بند ٣٠٤ — ودى باج جـ ٢ فقرة ٧٥٩ — فقرة ٧٦٢ — وانظر حشمت أبو ستيت بند ٣٩٤ ص ٣٥٥ — وأنور سلطان بند ٣٥٠ ص ٤٠٧ — وانظر : مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف — الجزء السادس — ص ٢٦٩ وما بعدها (أحكام الإقالة فى الفقه الاسلامى) ص ٢٧٦ — ٢٧٧ (أحكام الإقالة فى التقنين العراقى)] . =

التقايل ليس له أثر رجعي ، فيكون هناك عقدان متقابلان . فإذا تقايل المتبايعان البيع ، كان هناك عقد بيع أول من البائع إلى المشترى ، يعقبه عقد بيع ثان من المشترى إلى البائع . وقد يتراضى المتبايعان على أن يكون للتقايل أثر رجعي . فيعتبر البيع بهذا التقايل كأن لم يكن .

وسواء كان للتقايل أثر رجعي أو لم يكن له هذا الأثر ، فهو على كل حال ، بالنسبة إلى الغير ثم بالنسبة إلى التسجيل . عقد ثان أعقب العقد الأول . ويترتب على ذلك إنه إذا كان العقد الذى حصل التقايل فيه قد نقل ملكية عين ورتب من انتقلت إليه الملكية حقوقاً للغير على هذه العين ، فالتقايل لا يمس حقوق الغير . وترجع العين إلى مالكها الأصلى مثقلة بهذه الحقوق . كذلك يجب تسجيل التقايل كما سجل العقد الأصلى حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأول .

= وقد قضت محكمة النقض بأن التفاسخ (التقايل) كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين ، وبحسب محكمة الموضوع إذا هى قالت بالفسخ الضمنى أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتى طرفى التعاقد ، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد (نقض مدنى فى ١٦ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢١ ص ٤٧٠) . وقضت أيضاً بأن حصول التفاسخ من المسائل الموضوعية التى يستقل قاضى الموضوع بتقديرها . فإذا كانت المحكمة قد استخلصت حصول التفاسخ من عبارات واردة فى أوراق الدعوى مؤدية إليه ، فلا سبيل عليها لمحكمة النقض . فإذا كان كل ما شرطه المشترى فى إنذاره لقبول التفاسخ هو عرض الثمن المدفوع مع جميع المصاريف والملحقات عرضاً حقيقياً على يد محضر فى ظرف أسبوع ، وكانت هذه العبارة لا تدل بذاتها على أن الإيداع أيضاً فى ظرف الأسبوع كان شرطاً للتفاسخ ، وكان الثابت بالحكم أن المشترى تمسك بأن العرض لا يتحقق به فسخ البيع مستنداً فى ذلك إلى أن المبلغ المعروض لم يكن شاملا الرسوم التى دفعت توطئة للتسجيل دون أية إشارة إلى شرط الإيداع فى الأسبوع ، فإنه لا يجوز للمشترى أن يأخذ على الحكم أنه قد أخطأ إذ قال بصحة العرض فى حين أن إيداع المبلغ المعروض لم يتم فى الأسبوع (نقض مدنى فى ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠١ ص ٦٠١) . [وانظر أيضاً فى التفاسخ نقض ٢٦ مارس ١٩٥٣ ، مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الرابعة ص ٦٩٨ رقم ٧/١٠٦] .

[وانظر أيضاً نقض مدنى ٦/٤/١٩٦١ — مجموعة أحكام النقض ١٢ رقم ٤٧ ص ٣٥٣ حيث قضى بأنه إذا استرد المشترى فى عقد توريد أقطان ما دفعه من الثمن ، حق للمتعهد بالتوريد أن يمتنع عن الوفاء بالالتزام المقابل وهو توريد القطن ، إعمالا للمادة ١٦١ مدنى ، وبذلك يكون العقد قد فسخ بفعل المشترى] .

٤٦٠ — **الإلغاء بإرادة منفردة** : وقد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق فى أن يستقل بإلغاء العقد[1] نص القانون على ذلك فى عقود نذكر منها الوكالة والعارية والوديعة والمقاولة والقرض والإيراد المؤبد وعقد التأمين والهبة والشركة .

ففى الوكالة ، يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة (م ٧١٥) ، كما يجوز للوكيل أن ينزل فى أى وقت عن التوكيل (م ٧١٦) .

وفى العارية ، يجوز للمستعير أن يرد الشىء المعار قبل انقضاء العارية (م٦٤٣فقرة ٣) . ويجوز للمعير أن يطلب إنهاء العارية قبل انقضائها فى أحوال معينة (م ٦٤٤) .

وفى الوديعة يجب على المودع عنده أن يسلم الشىء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده ، وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشىء فى أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع (م ٧٢٢) .

وفى المقاولة ، لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ فى أى وقت قبل إتمامه ، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل (م ٦٦٣ فقرة ١) .

وفى القرض ، إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للاعلان (م ٥٤٤) .

---

(١) [انظر حشمت أبوستيت بند ٣٩٦ ص ٣٥٦ — وأنور سلطان بند ٣٥٢ ص ٤٠٨ — وعبد المنعم فرج الصده بندة ٣٦٤ ص ٣٩٦ (وهو يفضل فى هذا المقام تعبير « إنهاء العقد ») — واظر دى باج ج ٢ بند ٧٦٣] .

[واظر حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٩٥١/١٢/٢٦ (المجموعة الرسمية السنة ٥٢ رقم ٢١٤ ص ٤٣٠ — حيث قضى بأن للادارة كطرف فى عقد مقصود به المساهمة فى نفقات مشروع عام ، الحق دائماً فى أن تتحلل من العقد إذا تراءى لها بعد قبولها العرض أنه فى غير الصالح العام ، كما لو ظهر أنه عديم النفع أو أن عرضاً آخر هو أقرب لتحقيق الصالح العام ، فالإدارة لا تلتزم قبل العارض بتنفيذ المشروع فى ذاته إذا قدرت عدم ملاءمة تنفيذه — ولا يكون ذلك منها خطأ تعاقدياً يستتبع مسئوليتها والزامها بأى تعويض بسبب ذلك . وكل ما للطرف الآخر هو أن يسترد هبته وما أنفقه أو تكبده فى سبيل تنفيذ غرضه قبل أن تعلنه الإدارة بإنهاء عقده] .

وفى الدخل الدائم ، يجوز استبدال الدخل فى أى وقت شاء المدين بعد انقضاء سنة على إعلانه الرغبة فى ذلك (م ٥٤٦) .

وفى عقد التأمين على الحياة ، يجوز للمؤمن له الذى التزم بدفع أقساط دورية أن يتحلل فى أى وقت من العقد بإخطار كتابى يرسله إلى المؤمن قبل انتهاء الفترة الجارية ، وفى هذه الحالة تبرأ ذمته من الأقساط اللاحقة (م ٧٥٩) . ويجوز له أيضاً ، متى كان قد دفع ثلاثة أقساط سنوية على الأقل ، أن يصفى التأمين بشرط أن يكون الحادث المؤمن منه محقق الوقوع ، هذا ما لم يكن التأمين مؤقتاً (م ٧٦٢) .

وفى الهبة ، يجوز للواهب أن يرجع إذا قبل الموهوب له ذلك ، وهذا يعتبر تقايلا . فإذا لم يقبل الموهوب له ، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع ، متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع (م ٥٠٠ — ٥٠٣) . والرجوع فى هذه الحالة الأخيرة أقرب إلى الفسخ ، لأنه يقع بترخيص من القضاء ويترتب عليه أن تعتبر الهبة كأن لم تكن[1] .

وفى الشركة ، يجوز للمحكمة أن تقضى بحلها بناء على طلب أحد الشركاء لسبب خطير يسوغ الحل ، وهذا ضرب من الفسخ . كما يجوز لأى شريك إذا كانت الشركة معينة المدة أن يطلب من القضاء إخراجه من الشركة متى استند فى ذلك إلى أسباب معقولة ، وفى هذه الحالة تنحل الشركة ما لم يتفق الشركاء على استمرارها (م ٥٣١) ، وهذا أيضاً ضرب من الفسخ لأنه لا يتم إلا بحكم القضاء[2] .

---

(١) [أنظر : حشمت أبو ستيت بند ٣٩٥ ص ٣٥٦ — أنور سلطان بند ٣٥٠ ص ٤٠٧ حيث يقرر أن الرجوع فى الهبة بقبول من الموهوب له يعتبر من قبيل التقايل ، إما إذا تم بترخيص من القضاء فهو فسخ . وانظر فى الرجوع فى الهبة : الجزء الخامس من الوسيط ص ١٧٧ بند ١٢٥ وما بعدها — والمراجع المشار إليها فيه — وانظر دى باج جـ ٢ بند ٧٧٠] .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدى ثلاثة نصوص فى إلغاء العقد ، حذفتها لجنة المراجعة جميعاً فى المشروع النهائى لأنها تطبيق للقواعد العامة ، ويمكن الاستغناء عنها بالمادة ٢١٣ من هذا المشروع (تقابلها المادة ١٤٧ من القانون الجديد) .

وهذه النصوص هى :

م ٢٢٥ من المشروع التمهيدى : لا يجوز إلغاء العقد إلا باتفاق المتعاقدين جميعاً ، وذلك فيما عدا العقود التى تنتهى بموت أحد المتعاقدين .

٤٦١ — **الفسخ ووقف التنفيذ** : وفى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضى فسخ العقد ، وللقاضى سلطة تقدير هذا الطلب[1] . ويجوز للمتعاقد أيضاً أن يقف تنفيذ العقد من جانبه حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد .

ونقف عند الفسخ والدفع بعدم التنفيذ لأهميتهما ، ونفصل ما يتعلق بهما من الأحكام .

= م ٢٢٦ من المشروع التمهيدى : ١ — ومع ذلك يجوز أن ينفرد أحد المتعاقدين بإلغاء العقد إذا كان هذا الحق قد اشترط فى العقد أو نص عليه فى القانون . ٢ — مإذا كان من أعطى الحق فى إلغاء العقد قد تعسف فى استعمال هذا الحق جاز الرجوع عليه بالتعويض .

م ٢٢٧ من المشروع التمهيدى : إذا ألغى العقد فلا ينتهى إلا من يوم انحلاله دون أن يكون لذلك أثر رجعى .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والأصل أن إلغاء العقود لا يقع إلا بتراضى المتعاقدين ، فيجوز مثلا إلغاء عقد الإيجار إذا كان محدد المدة قبل انقضاء الأجل المعين له باتفاق المؤجر والمستأجر على ذلك ، ولكن يجوز أن يقع الإلغاء دون حاجة إلى التراضى فى أحوال ثلاث : أولاها حالة العقود التى تكون فيها شخصية المتعاقد ملحوظة لذاتها كالمزارعة ، فيقع إلغاؤها بموت من كانت شخصيته محلا للاعتبار . والثانية حالة العقود التى يحتفظ فيها أحد المتعاقدين لنفسه بحق الإلغاء ، فيكون له أن يلغى العقد بإرادته المنفردة ، ويكون للعاقد الآخر أن يقتضى ما يجب له من التعويض عند إساءة استعمال هذا الحق . أما الحالة الثالثة فهى حالة العقود التى ينص القانون بصددها على تخويل حق الإلغاء بإرادة منفردة ، والأصل فى هذه العقود أن تكون غير محددة المدة (كالشركة والإجارة) ، أو أن تكون قابلة للنقض بطبيعتها (كالوكالة) ، ويقع الإلغاء فى هذه الحالة بالإرادة المنفردة التى خولها القانون ذلك ، فى غير إخلال بما يكون للعاقد الآخر من حق فى التعويض عند الإساءة فى استعمال الحق » .

(أنظر فى كل هذا مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ — ص ٣٣٢ فى الهامش) .

هذا ويتبين مما نقلناه من نصوص المشروع التمهيدى ومذكرته الإيضاحية أن إلغاء العقد بإرادة منفردة قد يكون مشترطاً فى العقد ذاته ، لا آتياً من نص فى القانون . فيستمد من له حق إلغاء العقد بإرادته المنفردة هذا الحق من اتفاق سابق . وهذا ضرب من التقايل يتم باتفاق إرادتين سابقتين مقرونتين بصدور إرادة لاحقة . ويشترط فيه ألا يتعسف صاحب حق الإلغاء فى استعمال حقه .

(١) والفسخ هو انحلال للعقد بأثر رجعى ، ويختلف عن الإلغاء فى أنه يتم عادة بحكم قضائى . [والأصل كما سبق القول أنه لا يجوز أن يستقل أحد المتعاقدين بفسخ العقد لأسباب تبرر ذلك فى نظره : وقد قضت محكمة النقض فى هذا الشأن بأن فسخ العقد لا يكون إلا نتيجة لاتفاق المتعاقدين عليه أو لصدور حكم به . ولا يشفع لأحد المتعاقدين فى الانفراد بالفسخ قوله بقيام أسباب هى فى نظره مبررة للفسخ . وعلى هذا فإذا كانت أجرة الطحن قد تحددت فى التعاقد بمبلغ معين لطحن الأردب من الغلال ، فإن الطرفين يكونان ملتزمين بهذا الاتفاق ، ولا يسوغ للمؤجر أن يتخذ ذريعة لفسخ العقد بإرادته أن وزارة التموين قررت زيادة الأجر وأن ظروفاً طرأت جعلت تنفيذ العقد مرهقاً له : نقض مدنى ٢٤/١/١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١١ ص ٩٨] .

الفرع الأول

فسخ العقد (*)

٤٦٢ — **الفسخ والمسئولية العقدية :** هناك اتصال بين الفسخ والمسئولية العقدية ، فكلاهما جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدى . فإذا كان العقد ملزماً للجانبين جاز للدائن أن يطالب فسخ العقد جزاء عدم تنفيذ المدين لالتزامه كما قدمنا . وجاز له أيضاً أن يطالب بالتعويض ، ولكن لا على أساس فسخ العقد بل على أساس استبقائه والمطالبة بتنفيذه عن طريق التعويض ، وهذه هى المسئولية العقدية التى فصلنا أحكامها فيما تقدم .

على أنه إذا صح لأحد المتعاقدين أن يحاسب الآخر على عدم القيام بالتزاماته إما من طريق الفسخ وإما من طريق المسئولية العقدية ، فإن الطريق الأول مفتوح دائماً حيث يسد الطريق الثانى فى بعض الأحوال . إذ يتفق أن يكون عدم قيام المدين بالتزامه إما

(*) بعض المراجع : كابيتان فى السبب — مقال لبيكار (Picard) وبريدوم (Prudhomme) فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩١٢ ص ٦١ — ص ١٠٩ — مقال للبريت (Lebret) فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٢٤ ص ٥٨١ — مقال لكاسان (Cassin)، فى مجلة القانون المدنى الفصلية سنة ١٩٤٥ ص ١٥٩ — كاسان (Cassin) رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — مورى، (Maury) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٠ — بوابيه (Boyer) رسالة من تولوز سنة ١٩٢٤ — شيفرييه (Chevrier) رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ليلتييه (Lepeltier) رسالة من كان سنة ١٩٣٤ — كونستانتينسكو (Constantinesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٩ — [دى باج جـ ٢ ص ٧٨٥ بند ٨٧٢ وما بعده بيدان جـ ٨ ص ٥٥٨ بند ٧٦٣ وما بعده — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٢٩٦ وما بعده] — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٢٩ وما بعدها — حلمى بهجت بدوى فقرة ٣٣٤ وما بعدها — [أحمد حشمت أبو ستيت (طبعة ١٩٥٤) بند ٣٧٢ وما بعده — سليمان مرقس (المصادر طبعة ١٩٦٠) بند ٣٣٥ وما بعده — أنور سلطان (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٣٥٤ وما بعده — عبد المنعم فرج الصده بند ٣٦٨ ص ٣٩٨ وما بعدها — حسين عامر فى إلغاء العقد (القاهرة سنة ١٩٥٣) — محمد زكى عبد البر فى نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى (رسالة من القاهرة سنة ١٩٥٠) — عبد الحى حجازى : فى مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ (فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الأولى ١٩٥٩ ص ١٣٩ و ٤٤٣ — والسنة الثانية ١٩٦٠ ص (١) و ٢٠٥] .

يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه ، فتنتفي مسئوليته العقدية ، ولكن يبقى الفسخ ، بل إن العقد في هذه الحالة ينفسخ بحكم القانون كما سنرى .

٤٦٣ — أساس نظرية الفسخ : وليست نظرية الفسخ بالنظرية التى تبده العقل القانونى ، فيسلم بها بادىء ذى بدء ، بل هى ثمرة تطور طويل . فقد كان القانون الرومانى يأبى التسليم بها . وكان العقد الملزم للجانبين فى هذا القانون ينشىء التزامات مستقلة بعضها عن بعض . ولا تقابل بينهما ، كما قدمنا فى نظرية السبب . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ ، ولا يستطيع أن يتحلل هو من التزامه عن طريق الفسخ . ولكن الرومان بعد تطور أفسحوا لفكرة الفسخ مجالا ضيقاً فى عقد البيع بعد أن أصبح هذا العقد رضائياً . فأدخلوا فيه شرطاً صريحاً يجعل الحق للبائع فى فسخ البيع إذا لم يدفع المشترى الثمن[1] . وفى الفقه الإسلامى لا يُعرف الفسخ نظرية عامة ، وإنما أعطى للبائع خيار النقد كشرط لفسخ البيع إذا لم يستوف الثمن[2] . وكذلك فعل فقهاء القانون الفرنسى القديم ، فقالوا بجواز الفسخ حتى لو لم يوجد شرط صريح ، ولكن الفسخ كان لا يتم إلا بحكم قضائى . وساعد على ذلك ظهور نظرية السبب على النحو الذى قدمناه . وقد ربطت فكرة السبب ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين . لا عند تكوين العقد فحسب ، بل أيضاً عند تنفيذه ومن ثم يكون الفسخ . ثم أخذت فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة تبرز بوضوح على أيدى فقهاء القانون الطبيعى حتى أصبحت أمراً مسلماً ، وقامت نظرية الفسخ على أساسها .

---

(١) Lex Commissoria (انظر جيرار ص ٧٣٣) [وانظر فى تطور نظرية الفسخ فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى : بحث الدكتور عبد الحى حجازى فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الأولى ص ١٣٩ — ١٤٢ — حشمت أبو ستيت بند ٣٧٣ — أنور سلطان بند ٣٥٤ ص ٤١١ — ومارتى ورينو ج ٢ فقرة ٢٩٧] .

(٢) [انظر : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف — الجزء السادس ص ٢٠٥ — ص ٢٣٢ — ص ٢٧٤ وما بعدها] .

ولكن التقنين المدنى الفرنسى عند ما نقل قاعدة الفسخ نقلها متأثرة بالصياغة الرومانية ، فذكر فى المادة ١١٨٤ على أن الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً فى العقود الملزمة للجانبين فى حالة ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما فى ذمته من التزام[1]. وهو لم يرد بهذا أكثر من أن يقرر القاعدة التى تقضى بجواز فسخ العقد إذا لم يقم المدين بالتزامه. أما ذكر الشرط الفاسخ فهو مجرد تشبيه حملته عليه الاعتبارات التاريخية التى قدمناها .

وليس صحيحاً أن أساس الفسخ هو نظرية الشرط الفاسخ الضمنى[2]. ولو صح هذا لترتب عليه أنه بمجرد عدم قيام المدين بالتزامه يتحقق الشرط فينفسخ العقد من تلقاء نفسه. وهذا غير صحيح لأن الفسخ لا يكون إلا بحكم قضائى أو باتفاق ، وللقاضى حق التقدير فيجيب طلب الفسخ أو يرفضه ، وللمدين أن يقوم بتنفيذ العقد فيتوقى الحكم بالفسخ ، وللدائن أن يعدل عن المطالبة بفسخ العقد إلى المطالبة بتنفيذه ، كل ذلك على النحو الذى سنبينه فيما يلى[3] .

---

(١) [انظر : دى باج جـ ٢ بند ٨٧٥ ص ٧٨٧ وبند ٨٨٦ ص ٧٩٧ — حيث يجمع بين فكرة الجزاء والإرادة الضمنية ، فيقول إن الفسخ جزاء على عدم التنفيذ ، ولكنه مستمد من إرادة المتعاقدين الضمنية ومتفق مع فكرتهما المشتركة المألوفة عن العقد الملزم للجانبين . ولهذا يقال إن شرط الفسخ ضمنى أى مفترض ضمناً فى العقد . ولكنه من جهة أخرى يخضع لرقابة القاضى ، باعتباره جزاء] .

(٢) [انظر فى تأسيس الفسخ على نظرية الشرط الفاسخ الضمنى : الدكتور عبد الحى حجازى فى بحثه سالف الذكر (مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الأولى ص ١٤٤ بالهامش) حيث يقرر أن هذا هو أساس الفسخ فى نظر محكمة النقض المصرية (نقض مدنى ١٩٤٧/١٢/٤ و١٩٤٧/٥/٨ و١٩٥٣/٥/١٤ و١٩٥٥/١١/٢٤ و١٩٥٦/٥/٣١ — ونقض جنائى ١٩٥٣/٥/١ — المشار إليها ثمة) — وانظر فى عرض هذا الرأى مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣١٠] .

(٣) ومن ثم نرى أن استعمال عبارتى « الشرط الفاسخ الضمنى » و « الشرط الفاسخ الصريح » ، اللتين تردان كثيراً فى لغة القضاء المصرى وبخاصة فى لغة محكمة النقض ، ليس بالتعبير الدقيق [وانظر فى هذا المعنى : دى باج جـ ٢ بند ٨٧٦ حيث يقول إن عبارة « الشرط الفاسخ الصريح » تنطوى على خلط بين الشرط باعتباره وصفاً فى الالتزام — أى واقعة مستقبلة وغير محققة الوقوع يترتب على حدوثها فسخ العقد دون حاجة إلى البحث فى التنفيذ وعدمه — وبين الشرط الفاسخ الصريح باعتباره جزاء على عدم التنفيذ يقع حتما بمقتضى شرط فى العقد . ولهذا يؤثر (دى باج) العدول عن عبارتى الشرط الفاسخ الصريح والشرط الفاسخ الضمنى ، ويرى التعبير عن ذلك بأنه « حق الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين »] .

ولا نميل إلى اتخاذ نظرية السبب أساساً لنظرية الفسخ ، كما تذهب جمهرة الفقهاء[1].
ونؤثر ، كما بينا فى نظرية السبب ، أن نجعل نظرية الفسخ مبنية على فكرة الارتباط (interdépendance) ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين[2] . إذ أن طبيعة هذه العقود تقتضى أن يكون التزام أحد المتعاقدين مرتبطاً بالتزام المتعاقد الآخر فيبدو أمراً طبيعياً عادلا أنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يوقف هو من جانبه تنفيذ ما فى ذمته من التزام ، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . أو أن يتحلل نهائياً من هذا الالتزام ، وهذا هو الفسخ[3] .

٤٦٤ — خطة البحث : الفسخ يكون بحكم القاضى ، وهذا هو الأصل . وقد يكون باتفاق المتعاقدين . ويكون فى بعض الأحوال بحكم القانون ، ويسمى عند ذلك انفساخاً .

فنحن نبحث : (١) فسخ العقد بحكم القضاء (٢) فسخ العقد بحكم الاتفاق (٣) انفساخ العقد بحكم القانون .

---

(١) [ومن القائلين بتأسيس نظرية الفسخ على نظرية السبب فى الفقه المصرى : حشمت أبو ستيت بند ٣٧٣ ص ٣٤٠ حيث يرى أن فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة لاتعليل لها بغير فكرة السبب — وعبد الحى حجازى فى بحثه سالف الذكر (مجلة العلوم القانونية السنة الأولى ص ١٤٣ — ١٤٤) — وعبد المنعم فرج الصدة بند ٣٦٨ ص ٤٠٠ — وانظر بيدان جـ ٨ بند ٧٦٤ — وانظر فى عرض هذا الرأى ونقده : مارتى ورينو جـ ٢ بند ١٩٠ وبند ٢٨٤ وخاصة بند ٣١١] .

(٢) [انظر فى تأييد هذا الرأى : دى باج جـ ٢ بند ٨٣٦ ص ٧٦٢ وهو يشير إلى أن نظرية السبب عديمة الجدوى فى تأصيل فكرة الفسخ — ومارتى ورينو جـ ٢ بند ٣١٣ و ٣١٤ وكذلك بند ١٩٠ و ٢٨٤ — ورسالة مورى عن نظرية التقابل بين الالتزامات (رسالة من تولوزسنة ١٩٢٠)] .

(٣) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٣٣ [ويلاحظ فوق ذلك أن محل نظرية السبب إنما يكون عند تكوين العقد ، أما محل نظرية الفسخ فيكون عند تنفيذ العقد لا عند تكوينه] .

[انظر فى الآراء الفقهية المختلفة فى التأصيل القانونى للفسخ . مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣١٠ وما بعده . وهما يشيران أيضاً إلى رأى يجعل العدالة أساساً للفسخ (ريبير فى القاعدة الخلقية بند ٧٦) . وانظر كذلك حسين عامر فى إلغاء العقد فقرة ٣٦٠ — فقرة ٣٧١] .

المبحث الأول

الفسخ بحكم القضاء

٤٦٥ — *مسائل ثلاث* : نتكلم في مسائل ثلاث : (١) شروط المطالبة بالفسخ (٢) كيف يستعمل حق الفسخ (٣) ما يترتب على الفسخ من أثر .

المطلب الأول

شروط المطالبة بالفسخ

٤٦٦ — *النصوص القانونية* : نصت المادة ١٥٧ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر ، بعد إعذاره المدين ، أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض » .

« ٢ — ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٨ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً . وأقر فى لجنة المراجعة مع تعديلات لفظية طفيفة جعلته مطابقاً ، وأصبح رقم المادة ١٦١ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٥٧ ، فمجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣١٩ — ص٣٢٢) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يفترض الفسخ وجود عقد ملزم للجانبين يتخلف فيه أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه فيطلب الآخر فسخه ، ليقال بذلك من تنفيذ ما التزم به . ويقع الفسخ بناء على حكم يقضى به أو بتراضى العاقدين أو بحكم القانون . وبذلك يكون الفسخ قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً على حسب الأحوال - ففى حالة الفسخ القضائى يتخلف أحد العاقدين عن =

ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً فى هذا الموضوع . وقد كان التقنين القديم ينص فى المادة ١١٧/١٧٣ على ما يأتى : « إذا امتنع المدين من وفاء ما هو ملزم به بالتمام ، فللدائن الخيار بين أن يطلب فسخ العقد مع أخذ التضمينات ، وبين أن يطلب التضمينات عن الجزء الذى لم يقم المدين بوفائه فقط » .

على أن نص التقنين الجديد أكثر إحاطة بالموضوع وأوضح بياناً . ومنه يتبين أن هناك شروطاً ثلاثة يجب توافرها حتى يثبت للدائن حق المطالبة بفسخ العقد . اثنين منها يصرح بهما النص ، والشرط الثالث تقتضيه طبيعة المطالبة بالفسخ . وهذه الشروط هى : (١) أن يكون العقد ملزماً للجانبين (٢) ألا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه (٣) أن يكون المتعاقد الآخر الذى يطلب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه من جهة ، وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها إذا حكم بالفسخ من جهة أخرى .

= الوفاء بالتزامه ، رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً ، ويكون العاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل . فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ، وهو يدخل فى حدود الإمكان ، كما هو حكم الفرض ، تعين أن يستجيب القاضى لهذا الطلب ، وجاز له أن يحكم بالتعويض إذا اقتضى الحال ذلك . أما إذا اختار الفسخ ، فلا يجبر القاضى على إجابته إليه ، بل يجوز له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب النظرة ، مع إلزامه بالتعويض عند الاقتضاء ، بل ويجوز له أن يقضى بذلك من تلقاء نفسه . وله كذلك ، ولو كان التنفيذ جزئياً ، أن يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف عن تنفيذه إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم فى الالتزام . على أن للقاضى أن يجيب الدائن إلى طلبه ويقضى بفسخ العقد مع إلزام المدين بالتعويض دائماً إن كان ثمة محل لذلك . ولا يكون التعاقد ذاته ، فى حالة الفسخ ، أساساً للالزام بالتعويض إذ هو ينعدم انعداماً يستند أثره بفعل الفسخ ، وإنما يكون مصدر الإلزام فى هذه الحالة خطأ المدين أو تقصيره على أن القاضى لا يحكم بالفسخ إلا بتوافر شروط ثلاثة : أولها أن يظل تنفيذ العقد ممكناً ، والثانى أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه ، والثالث أن يبقى المدين على تخلفه ، فيكون من ذلك مبرر للقضاء بالفسخ . فإذا اجتمعت هذه الشروط تحقق بذلك ما ينسب إلى المدين من خطأ أو تقصير » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٧ – ص ٣٢٨) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٨ (مطابق) — الليبى م ١٥٩ (مطابق) — العراقى م ١٧٧ (موافق) — اللبنانى م ٢٣٩ — ٢٤١ (موافق) .

§ ١ — لا يكون الفسخ إلا فى العقود الملزمة للجانبين

٤٦٧ — العقود الملزمة للجانبين هى وحدها التى يرد عليها الفسخ بجميع أنواعه ، القضائى والاتفاقى والقانونى : أن يكون العقد ملزماً للجانبين هو شرط عام فى جميع أنواع الفسخ ، سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون. ذلك أن الفسخ ، بأنواعه الثلاثة ، مبنى على فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة كما قدمنا . وليس يوجد إلا العقود الملزمة للجانبين التى ينشأ عنها التزامات متقابلة . فهى وحدها التى تتوافر فيها حكمة الفسخ .

وقد قدمنا عند الكلام فى تقسيم العقد إلى عقد ملزم للجانبين وعقد ملزم لجانب واحد أن بعض العقود التى كانت تعتبر عقوداً ملزمة لجانب واحد فى عهد التقنين المدنى القديم . كالعارية والقرض ورهن الحيازة ، يرد عليها الفسخ . وقدمنا أن الفقهاء اختلفت فى أمر هذه العقود مذاهب شتى . فمنهم من ينكر فيها حق الفسخ . ومنهم من يقره ولكن يسميه إسقاطاً (déchéance) لا فسخاً (résolution) . ومنهم من يقره على أنه فسخ ويذهب إلى أن حق الفسخ يكون فى العقود الملزمة لجانب واحد . وعندنا أن الفسخ جائز فى هذه العقود لأنها عقود ملزمة للجانبين حتى فى عهد القانون المدنى القديم ، وقد سبق لنا بيان ذلك[1] .

أما العقود التى لا يمكن أن تكون إلا ملزمة لجانب واحد ، كالوديعة ، والكفالة إذا كانتا بغير أجر والهبة إذا كانت بغير عوض ، فقد قدمنا أنه لا يمكن تصور الفسخ فيها[2] ، فإن طرفاً واحداً هو الملتزم ، فإذا لم يقم بتنفيذ التزامه لم يكن للطرف الآخر أية

---

(١) [انظر : حشمت أبوستيت بند ٣٧٦ ص ٣٤١ وهامش (١) بها — وأنور سلطان بند ٣٥٦ ص ٤١٣ — وعبد المنعم فرج الصدة بند ٣٧٠ ص ٤٠١] .

(٢) [انظر بهذا المعنى : دى باج ج ٢ بند ٨٧٩ ص ٧٩٠ - وقارن مع ذلك : بيدان ج ٨ بند ٧٦٥ — ٧٦٦ ص ٥٥٩ — ٥٦١ حيث يرى إمكان تطبيق نظرية الفسخ على غير العقود الملزمة للجانبين متى اشترط فيها المقابل] .

مصلحة فى طلب الفسخ إذ ليس فى ذمته أى التزام يتحلل منه بالفسخ ، بل مصلحته هى فى أن يطلب تنفيذ العقد.

٤٦٨ — وكل العقود الملزمة للجانبين يرد عليها الفسخ : وإذا كانت العقود الملزمة للجانبين هى وحدها التى يرد عليها الفسخ ، فإن الفسخ من جهة أخرى يرد عليها جميعاً[(١)]. وسنرى أن العقد الزمنى يرد عليه الفسخ بأثر يختلف عن أثر الفسخ فى العقد الفورى .

وقد كان التقنين المدنى القديم يستثنى عقداً واحداً ملزماً للجانبين يمنع فيه الفسخ هو عقد الإيراد المرتب مدى الحياة . فكانت المادة ٤٨٠/٥٨٨ تنص على أنه «يجوز لصاحب الإيراد فى حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها »[(٢)]. فالدائن صاحب الإيراد لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد إذا أخل المدين بالتزامه ، وليس له إلا المطالبة بالتنفيذ العينى ، فيبيع من أموال المدين ما يكفى ريع ثمنه لأداء المرتب المتفق عليه . وقد كنا انتقدنا هذا النص فى عهد القانون القديم[(٣)]. ورأيناه نصاً غريباً يخرج على القواعد العامة دون سبب ظاهر . وقد نقله المشرع المصرى عن المشرع الفرنسى[(٤)]. ومن أجل ذلك ورد التقنين المدنى الجديد قاطعاً فى هذه المسألة . وقد

---

(١) [انظر نقض مدنى ٢٢/٤/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١٩ ص ٧٨٨ - حيث قضى بأن العقد الذى تبرمه الحكومة مع مقاول رست عليه مناقصة أشغال عامة ، سواء اعتبر عقداً مدنياً أو عقداً إدارياً ، فان وصفه لا يحول دون القضاء بفسخه إذا أخل المقاول بالتزاماته المحددة فيه] .

(٢) انظر أيضاً المادة ١٩٧٨ من القانون المدنى الفرنسى ، وهى لا تمنع الفسخ إلا فى حالة عدم الوفاء بالإيراد دون الحالات الأخرى المذكورة فى نص القانون المصرى القديم .

(٣) أنظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٣٨ .

(٤) ويعلل الفرنسيون النص الذى ورد فى قانونهم بتعليلين كل منهما محل للنظر : (الأول) أن عقد الإيراد المرتب مدى الحياة عقد احتمالى . فإذا سمحنا بفسخ العقد وإعادة الشىء إلى أصله ، وأمكن الدائن أن يرد إلى المدين ما قبضه من الإيراد ، فماذا يسترد المدين ؟ إذا اكتفى باسترداد رأس المال ، يكون قد حرم من جزء من الغلة المدة التى بقى فيها رأس المال عند المدين هو الفرق ما بين غلة رأس المال =

رد عقد الإيراد المرتب مدى الحياة إلى القواعد العامة ، ولم يمنع فيه الفسخ ، فنصت المادة ٧٤٦ على أنه « إذا لم يقم المدين بالتزامه ، كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد ، فإن كان العقد بعوض جاز له أيضاً أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل »[١] .

وذهب القضاء الفرنسى إلى أن عقد القسمة لا يجوز فيه طلب الفسخ إذا لم يقم أحد المتقاسمين بتنفيذ التزامه من الوفاء بمعدل القسمة مثلا ، وإنما يطالب المتقاسم الذى أخل بالتزامه أن ينفذ هذا الالتزام . ويريد القضاء الفرنسى من ذلك أن يحافظ على مصلحة بقية المتقاسمين الذين يضرهم نقض القسمة بالفسخ[٢] . وهذا القضاء أيضاً محل للنظر . والأولى أن يترك الأمر لتقدير القاضى ، وهو الذى يغلب المصلحة الراجحة فيقضى بالفسخ أو لا يقضى ، وهذه هى القاعدة العامة فى الفسخ فلا محل لاستثناء عقد القسمة منها[٣] .

= جميعه وغلة المقبوض من الإيراد ، وإذا قيل إن الدائن يستبقى ما قبضه من الإيراد ولا يسترد من رأس المال إلا بنسبة ما بقى من عمره إلى ما انقضى منه منذ قبض الإيراد ، تعذرت معرفة الباقى من عمره إذ ليس لقانون الاحتمال أثر فى حادث فردى — ولم نر هذا التعليل مقنعاً ، فمن السهل عند فسخ العقد أن نجعل الدائن يرد ما قبضه من الإيراد مع فوائده القانونية ويسترد رأس المال مع فوائده القانونية ، وبذلك نعيد كل متعاقد إلى حالته الأصلية قبل التعاقد (قارن ما أوردناه فى هذا الخصوص فى نظرية العقد ص ٦٨٤ هامش رقم ١) . (والتعليل الثانى) أن الدائن يكون عادة فى حاجة إلى الإيراد يؤثره على رأس المال ، ففيه ضمان لحاجته وأمن من تقلبات سعر الاستغلال فيما لو استرد رأس المال ، والفسخ يضيع عليه ذلك — ولكن هذا التعليل هو أيضاً غير مقنع ، فإن الفسخ إنما يكون جائزاً للدائن لا واجباً عليه ، فما عليه إذا رأى المصلحة فى عدم الفسخ إلا أن يعدل عنه إلى طلب التنفيذ ، ويطلب الفسخ إذا كان فى مصلحته كما إذا رأى أنه يستطيع أن يستغل رأس المال عند استرداده على وجه أكثر نفعاً .

(١) [أنظر حشمت أبو ستيت . (طبعة ١٩٥٤) — هامش ٢ فى صحيفة ٣٤١ — وأنور سلطان بند ٣٥٦ ص ٤١٣ حيث يشير إلى أن الفسخ يرد على جميع العقود التبادلية حتى ما كان منها ذا صفة احتمالية كعقد ترتيب الإيراد لمدى الحياة — وانظر الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص ٤٠١ فقرة ٣٧٠] .

(٢) نقض فرنسى فى ٩ مايو سنة ١٨٣٢ سيريه ١٨٣٢ — ١ — ٣٦٧ .

(٣) على أن القضاء الفرنسى ذاته أجاز اشتراط جواز الفسخ فى عقد القسمة (نقض فرنسى فى ٦ يناير سنة ١٨٤٦ داللوز ٤٦ — ١ — ١٦) .

§ ٢ — لا يكون الفسخ إلا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

٤٦٩ — **عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي** : إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى استحالته لسبب أجنبي ، فإن التزام المدين ينقضي فينقضي الالتزام المقابل له ، وينفسخ العقد بحكم القانون . وهذا ما سنعرض له بعد قليل .

ومن ذلك نرى إنه إذا أصبح التنفيذ مستحيلا لسبب أجنبي خرجنا من نطاق الفسخ إلى نطاق الانفساخ[1] .

٤٧٠ — **عدم التنفيذ يرجع إلى فعل المدين** : فيجب إذن أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي ، بأن يكون التنفيذ العيني أصبح مستحيلا بفعل المدين ، أو لا يزال ممكناً ولكن المدين لم يقم بالتنفيذ . ففي هذه الحالة يجوز للدائن أن يطالب بفسخ العقد[2] . وقد رأينا أن المسئولية العقدية تتحقق أيضاً في هذا الفرض ، فيكون للدائن

---

(١) انظر في هذا المعنى محكمة مصر الوطنية في ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ — الاستقلال ٤ ص٤٦٧ — نقض فرنسي في ٥ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت دي باليه ١٥ يونيو سنة ١٩٢٠ — قارن نظرية العقد للمؤلف ص ٦٨٥ هامش رقم ١ والمراجع المشار إليها في هذا المكان .

[وانظر مارتي ورينو ج ٢ بند ٣٠٠ - ودي باج ج ٢ ص ٧٩١ بند ٨٨٠ حيث يرى أنه يجب أن يكون عدم التنفيذ بخطأ من المدين ، فلا تطبق فكرة الفسخ في حالة استحالة التنفيذ بقوة قاهرة وإنما تنطبق فكرة تحمل تبعة الهلاك] .

[وقد قضت محكمة النقض في ١٩٦٢/١١/١ (مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ١٤٣ ص ٩٤٨) بأنه متى كانت استحالة تنفيذ الالتزام تقوم على أسباب قانونية فإن البحث في توافرها يعد من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض] .

(٢) [انظر بحث الدكتور عبد الحي حجازي السالف ذكره — بند ٢٧ (مجلة العلوم القانونية (١) ص ٤٥٥ - ٤٥٦) حيث يقرر (وفقاً للاتجاه الحديث السائد في الفقه والقضاء) أن عدم التنفيذ يجب أن يكون راجعاً إلى خطأ المدين . فلا يجوز للدائن طلب الفسخ إذا كان هو المتسبب في عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه - كما لو رفض قبول الوفاء المعروض عليه — أو كان للمدين حق في الامتناع عن الوفاء . وانظر أنور سلطان (المصادر) بند ٣٦٢ ص ٤١٨ حيث يشير إلى أن من حق المحكمة أن ترفض دعوى الفسخ إذا كان على الدائن واجب بالتعاون مع المدين على تنفيذ الالتزام ولم يفعل ، كما في حالة المشتري الذي لم يتعاون مع البائع في إتمام إجراءات نقل رخصة السيارة المبيعة لاسمه (نقض ١٩٥٢/٤/١٠ — مجموعة =

الخيار بين المطالبة بالتعويض على المسئولية العقدية أو المطالبة بفسخ العقد . بل يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن العقد لا يفسخ عند عدم التنفيذ ، وأن يقتصر الدائن على المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية[1] .

٤٧١ — عدم التنفيذ الجزئى : وإذا كان عدم التنفيذ جزئياً — ويعتبر فى حكم عدم التنفيذ الجزئى أن يكون التنفيذ معيباً — فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ . والقاضى فى استعمال حقه فى التقدير ينظر فيما إذا كان الجزء الباقى دون تنفيذ يبرر الحكم بالفسخ ، أو يكفى إعطاء مهلة للمدين لتكملة التنفيذ . فإذا رأى القاضى أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ ، بقى عليه أن يرى هل يقضى بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر . ويقضى بفسخ العقد كله إذا كان التزام المدين لا يحتمل التجزئة ، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقى دون تنفيذ هو الجزء الأساسى من الالتزام[2] .

= المكتب الفنى لأحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠) — وانظر مارتى رينو ٢ بند ٣٠٠] .

[ويعتبر أيضاً فى حكم عدم التنفيذ ، فيجوز طلب الفسخ ، أن يكون هناك أجل وقبل حلوله يتبين من الظروف أن المدين لن يستطيع الوفاء بالتزامه فى الأجل المحدد فلا ضرورة إلى أن يتربص للدائن حتى يحل الأجل ويطلب الفسخ عند ذلك ، بل له أن يبادر إلى طلب الفسخ من وقت أن يتبين جحود المدين لهذا الالتزام ، وهذه هى نظرية الجحود المبتسر (انظر فى هذه النظرية بحثاً للدكتور محمد لبيب شنب « الجحود المبتسر للعقد » فى مجلة العلوم القانونية — والاقتصادية — السنة الثانية ص ٢٥٧ وما بعدها والسنة الثالثة ص ١٣٩ وما بعدها) .

(١) [أنظر فى جواز النزول عن حق الفسخ بحث الدكتور عبد الحى حجازى — السابق ذكره — مجلة العلوم القانونية السنة الأولى ص ٢٦٦ بند ٣٤ وما بعده — وأنظر فيما يلى ص ٧٩٧ هامش ٣] .

(٢) [أنظر فى الفسخ الجزئى : عبد الحى حجازى : البحث السالف الذكر بند ١٧ (مجلة العلوم القانونية ١ ص ١٨٦ — ١٨٨ وانظر فى التفرقة بين الالتزامات الرئيسية والالتزامات الثانوية أو التبعية فى حالة عدم التنفيذ الجزئى : نفس المرجع بند ١٨ ص ١٨٩ وبند ١٩ ص ١٩٤ — ٢٠٢ — وقرب نقض ١٠/٤/١٩٥٢ — (مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠ — سابق ذكره) — وانظر فى ذلك أيضاً مارتى ورينو ج ٢ بند ٣٠٠ حيث ورد أن التنفيذ المعيب مما يجيز الفسخ أيضاً] .

[وقد قضت محكمة مصر الكلية بأنه ينبغى فى حالة الفسخ القضائى التفرقة بين ما إذا كان إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية مرده إلى الامتناع عن الوفاء بالتزام أصلى أو الامتناع عن الوفاء بالتزام تبعى . ويقصد بالالتزام الأصلى ذلك الالتزام الذى يحدد طبيعة العقد ويكون من مستلزماته التى لا غنى لتكوين العقد عن وجودها . والصفة الجوهرية لهذه الالتزامات الأصلية إنها تكون — بعضها بالنسبة إلى بعض — المقابل القانونى بمعنى أنها تكون سببا لما يقابلها من التزام . أما الالتزامات التبعية فهى كل التزام غير =

§ ٣ — لا يكون الفسخ إلا إذا كان الدائن مستعداً للقيام بالتزامه وقادراً على إعادة الحال إلى أصلها

٤٧٢ — وجوب أن يكون الدائن مستعداً للقيام بالتزام وأن يكون من الممكن إعادة الشيء إلى أصله : ويجب أيضاً أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه الذى نشأ من العقد الملزم للجانبين . فليس من العدل أن يخل هو بالتزامه ثم يطلب الفسخ لعدم قيام المدين بتنفيذ ما فى ذمته من التزام(١) .

أما إذا استحال على الدائن تنفيذ التزامه لسبب أجنبى ، فإن العقد ينفسخ بحكم القانون انفساخه فيما إذا كانت الاستحالة فى جانب المدين .

ولما كان فسخ العقد من شأنه أن يعيد الشيء إلى أصله ، فلا بد للحكم بالفسخ أن يكون الدائن الذى يطلب ذلك قادراً على رد ما أخذ . فإذا كان قد تسلم شيئاً بمقتضى العقد ، وباعه من آخر ، فالتزامه بالضمان يحرمه من حق المطالبة بالفسخ ، لأنه لا يستطيع أن ينزع الشيء من يد المشترى ليرده إلى من تعاقد معه إذ فى هـذا إخلال بالتزام الضمان . وسنرى

= أصلى . والعنصر الأساسى الذى تمتاز به هو أنها ترمى إلى تحقيق الغرض العملى الذى يقصده المتعاقدان أو تتطلبه طبيعة العقد ، بمعنى أن هذه الالتزامات ترمى إلى أن توفر للعقد جميع آثاره النافعة وتجعله ملائماً للظروف ، ومن المسلم به أن عدم تنفيذ الالتزامات التبعية لا يؤدى إلى فسخ العقد (محكمة القاهرة الابتدائية ٢٦ يونيه سنة ١٩٥٤ — المحاماة — ٣٥ — رقم ٣٨ ص ١٥٢)] .

[ولعل المحكمة كانت فى غنى التمييز بين التزام أصلى والتزام تبعى بما لها من حق التقدير فى الاستجابة لطلب الفسخ ، فإن قررت ألا تستجيب لهذا الطلب رفضت الفسخ ، سواء كان الإخلال واقعاً على التزام تبعى أو التزام أصلى .

على أن التمييز الذى تقول به المحكمة بين التزام أصلى والتزام تبعى يقرب من التمييز فى الفقه الإسلامى بين حكم العقد وحقوقه] .

(١) [انظر حشمت أبو ستيت بند ٣٧٨ ص ٣٤٢ حيث يقول إنه إذا كان طالب الفسخ مقصراً فلا يجوز له أن يطلب توقيع جزاء هو حرى بأن يوقع عليه — وسليمان مرقس (المصادر) بند ٣٣٩ — وأنور سلطان بند ٣٥٧ ص ٤١٤ وهامش (٣) بها وحكم نقض ٦/٣/ ١٩٥٢ — الذى أشار إليه (مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) — وعبد المنعم فرج الصدة بند ٣٧٢ ص ٤٠٢] .

فى العقود الزمنية أن الفسخ فيها لا يمس ما سبق تنفيذه من هـذه العقود ، فليس من الضرورى إذن للمطالبة بفسخها أن يرد ما سبق تنفيذه .

أما إذا كان المدين هو الذى استحال عليه أن يرد الشىء إلى أصله ، فإن ذلك لا يمنع من الفسخ ، ويقضى على المدين فى هـذه الحالة بالتعويض (م ١٦٠) وسيأتى بيان ذلك .

المطلب الثانى

كيف يستعمل حق الفسخ

٤٧٣ — إعذار المدين : قضت الفقرة الأولى من المـادة ١٥٧ بأن الدائن ، حتى يطالب بفسخ العقد ، يعذر المدين مطالباً إياه بالتنفيذ . ولم يكن فى التقنين القديم نص على الإعذار ، ومع ذلك كانت بعض المحاكم تقضى بضرورته[١] .

على أن مجرد رفع الدعوى بالفسخ يعد إعذاراً[٢] .

وإعذار الدائن للمدين قبل المطالبة بالفسخ له على كل حال أهمية عملية تظهر فى أمرين : (١) يجعل القاضى أسرع استجابة لطلب الفسخ . (٢) ويجعله أقرب إلى الحـكم على المدين بتعويض فوق الحـكم بالفسخ[٣] .

ويلاحظ أنه لا ضرورة لإعذار المدين قبل المطالبة بالفسخ إذا صرح المدين كتابة أنه

(١) محـكمة الاستئناف الوطنية فى أول أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٧٨ ص ١٤٩ — محـكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ .

(٢) محكمة مصر الـكلية الوطنية فى ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماه ١٢ رقم ٩٥ ص ٢١٦ . — محـكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٥٠ .

لا يريد القيام بالتزامه[1] . أو إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين بأن كان التنفيذ قد فات ميعاده أو بأن كان الالتزام هو امتناع عن عمل شيء وعمله المدين (م ٢٠٠) .

٤٧٤ — **صدور حكم بالفسخ** : ولا بد من رفع دعوى وصدور حكم بفسخ العقد . ونص المادة ١٥٧ من التقنين الجديد صريح فى هذا المعنى ، وقضاء المحاكم فى عهد التقنين القديم مضطرد فى وجوب صدور حكم بالفسخ[2] .

وهنا يتجلى الفرق ما بين الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق . ففى الفسخ بحكم الاتفاق (وكذلك الانفساخ بحكم القانون) يكون الحكم مقرراً للفسخ لا منشئاً له ، أما الفسخ بحكم القضاء فالحكم فيه منشيء للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ فى هذه

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان يتعين لكى تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً للشرط الفاسخ الضمنى أن ينبه البائع على المشترى بالوفاء تنبيهاً رسمياً ، إلا أن محل ذلك ألا يكون المشترى قد صرح بعدم رغبته فى القيام بالتزامه ، فإن كان المشترى قد عرض ثمناً أقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل فى الدعوى ، فلا تكون هناك حاجة لكى يصح الحكم بالفسخ إلى ضرورة التنبيه على المشترى بوفاء الثمن المستحق (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٦ ص ٦٣١) . وانظر أنور سلطان بند ٣٦١ ص ٤١٧] .

(٢) قضت محكمة النقض بأنه من المتفق عليه فقهاً وقضاء أن الشرط الفاسخ الضمنى ، كالتأخر عن دفع الثمن فى ميعاده ، لا يقتضى بذاته الفسخ ، بل لابد لفسخ العقد من حكم قضائى بذلك ، وهذا الحكم يصدر بناء على طلب البائع لجواز اختياره تنفيذ العقد لا فسخه (٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ — [كما قضت أيضاً بأنه إذا لم ينص فى عقد البيع على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم فى حالة تأخر المشترى عن سداد الثمن فإن الفسخ لا يقع فى هذه الحالة إلا إذا صدر به حكم من القضاء (نقض مدنى ١٩٦٢/٢/٨ مجموعة أحكام النقض ١٣ رقم ٣٠ ص ١٩٦)] . أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية فى ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٥ ص ٤٨ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ — وفى ٣٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤ — وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٨ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ — وفى ١٩ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٨٧ — وفى ٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣ . [وقد يحدث ، عند إعذار الدائن للمدين أو عند رفع الدعوى على المدين بالفسخ ، أن يرد المدين على الدائن بأنه يقبل الفسخ ، فيكون هذا بمثابة تقايل ذى أثر رجعى ، ويحل الاتفاق فى هذه الحالة محل الحكم وله أثره (استئناف مختلط ٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣) — وأنظر فيما يلى فقرة ٤٨١] .

الحالة من أعمال التصرف . وإذا رفع الوصى دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة(١).

٤٧٥ — الخيار بين الفسخ والتنفيذ : فإذا ما رفع الدائن دعوى الفسخ ، فإن الحكم بالفسخ لا يكون حتمياً ، بل يكون هناك خيار بين الفسخ والتنفيذ . وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضى .

(١) استئناف مصر فى ٢٨ نايرسنة ١٩٣٦ المحاماة ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٦٧١ . [وانظر الدكتور عبد المنعم الصدة بند ٣٧٤ ص ٤٠٤] .

وقضت محكمة النقض بأن شرط الفسخ الصريح وشرطه الضمنى يختلفان طبيعة وحكماً . فالشرط الفاسخ الضمنى لا يستوجب الفسخ حتما إذ هو خاضع لتقدير القاضى ، وللقاضى أن يمهل المدين حتى بعد رفع دعوى الفسخ عليه ، بل المدين نفسه له أن يتفادى الفسخ بعرض دينه كاملا قبل أن يصدر ضده حكم نهائى بالفسخ . أما الشرط الفاسخ الصريح فهو فيما تقضى به المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) موجب للفسخ حتما ، فلا يملك معه القاضى إمهال المشترى المتخلف عن أداء الثمن ، ولا يستطيع المشترى أن يتفادى الفسخ بأداء الثمن أو عرضه بعد إقامة دعوى الفسخ عليه متى كان قد سبقها التنبيه الرسمى إلى الوفاء ، بل قد يكون الشرط الفاسخ الصريح موجباً للفسخ بلا حاجة إلى تنبيه إذا كانت صيغته صريحة فى الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه ولا إنذار . وعلى ذلك فإنه إذا كانت محكمة الدرجة الأولى قد أقامت قضاءها بفسخ العقد على أن المشترى إذ قصر فى الوفاء بجزء من الثمن كان البائع محقاً فى طلب الفسخ بناء على الشرط الفاسخ الضمنى المفترض فى جميع العقود التبادلية ، ثم جاءت محكمة الاستئناف فقالت إن الفسخ كان متفقاً عليه جزاء للتخلف عن أداء الثمن وأنه قد ثبت لها تخلف المشترى فهى تقرر حق البائع فى الفسخ نزولا على الشرط الفاسخ عملا بنص المادة ٣٣٤ مدنى (قديم) ثم لم تلبث أن قالت فى آخر حكمها إنها تؤيد الحكم المستأنف لأسبابه وتأخذ منه أسباباً لحكمها ، فحكمها هذا يكون قد أقيم على أمرين واقعيين متغايرين لا يمكن أن يقوم حكم عليهما مجتمعين لاختلاف شرطى الفسخ الصريح والضمنى طبيعة وحكماً ، وهذا تعارض فى أسباب الحكم يعيبه ويستوجب نقضه (نقض مدنى فى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الحكم الابتدائى قد بنى الفسخ الذى قضى به على الشرط الضمنى ، ثم جاء الحكم الاستئنافى مقاماً من ناحية على قيام شرط فاسخ صريح ومن ناحية أخرى على أسباب الحكم الابتدائى ، فإنه يكون متناقضاً لاختلاف حكم كل واحد من الشرطين عن حكم الآخر (نقض مدنى فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦ ص ٣٥) — على أنه قد يجتمع الفسخ بحكم القضاء والفسخ بحكم الاتفاق فى عقد واحد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع مذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لمصلحة نفسه أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لاغياً ، ورأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس معناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يخوله له القانون من طلب فسخ البيع عند عدم دفع المتأخر عن الثمن ، بل إن هذا الحق ثابت له بنص القانون وباق له من غير أى اشتراط فى العقد بخصوصه ، فإن تفسيرها لا غبار عليه (نقض مدنى فى ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٩ ص ٧٥٠) .

فالدائن بعد أن يرفع دعوى الفسخ له أن يعدل ، قبل الحكم ، عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ. كما أنه إذا رفع دعوى التنفيذ فله أن يعدل عنه إلى الفسخ [1] . على أنه لا يجوز الجمع بين الفسخ والتنفيذ فى طلب واحد [2]. كل هذا ما لم يكن قد نزل عن أحد الطلبين [3]. ولا يعتبر مجرد رفعه الدعوى بطلب منهما نزولا منه عن الطلب الآخر [4].

---

(١) استئناف مختلط فى ١٣ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٣٧ — وفى ١٣ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ — وفى ١٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٣٨ ص ١٨٧ . [وانظر دى باج ج ٢ بند ٨٨٤ — ٨٨٦ . وهو يقرر (بند ٨٨٥ مكرر) أن هذا الخيار ليس خياراً غير قابل للنقض — مارتى ورينو ج ٢ بند ٣٠١ — حشمت أبو ستيت بند ٣٨٠ ص ٣٤٣ وهامش (١) بها — أنور سلطان بند ٣٦٣ ص ٤٢٠] .

(٢) استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ وقد سبقت الإشارة إليه — وفى ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨ .

(٣) [انظر دى باج ج ٢ ص ٧٩٣ بند ٨٨١ حيث يقرر أن نص المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى هو من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين وليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على عكسه أو الحد من نطاقه أو الاستغناء عنه بعد تحقق سببه . فالاتفاق على عدم طلب الفسخ جائز ، ولو كان ذلك قاصراً على أحد العاقدين (هامش ٢ فى صحيفة ٧٩٣ وأشار الى بودرى وبارد — التزامات ج ٢ بند ٩٦٢) . وانظر بحث الدكتور حجازى سالف الذكر (ص ٤٦٦ — ٤٦٩ من السنة الأولى من مجلة العلوم القانونية) حيث يشير إلى الرأى القائل بعدم جواز النزول عن الحق فى طلب الفسخ قبل تحقق سببه ، والرأى الآخر القائل بجواز ذلك والذى يرجحه الدكتور حجازى ، وعندئذ لا يكون للدائن إلا طلب التنفيذ فقط . وأما النزول عن طلب الفسخ بعد تحقق واقعة عدم التنفيذ فهو جائز بلا خلاف] .

(٤) [أنظر : نقض مدنى ١٩٥٢/١٢/٢٥ — مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٣٨ ص ١٣٣ — وعبد الحى حجازى فى بحثه السالف الذكر (مجلة العلوم القانونية — ١ — ص ٤٧٤ — ٤٩٠ — فقرة ٣٨ — ٤٦) حيث يقرر ، مع الرأى السائد ، جواز العدول عن أى من الطلبين إلى الآخر ولو أمام محكمة الاستئناف] .

وللمحكمة الموضوع أن تقدر هل تعتبر العمل الذى صدر من المدين نزولا عن أحد الطلبين ، كما إذا تقدم فى توزيع لمال المدين ويراد أن يفهم من ذلك نزوله عن الفسخ (نقض فرنسى فى ١٦ مارس سنة ١٨٤٠ سيريه ٤٠ — ١ — ١٢١) وكما إذا ارضى ببيع صدر من المشترى منه فنزل بذلك عن حقه فى المطالبة بفسخ البيع الأول (نقض فرنسى فى ١٥ مارس سنة ١٩٠٩ سيريه ١٩٠٩ — ١ — ٣٩١) وكما إذا أجرى المشترى إصلاحات فى العقار الذى اشتراه فنزل بذلك ضمناً عن حقه فى طلب فسخ البيع (استئناف مختلط فى ٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٢٤٩) وكما إذا طالب البائع المشترى بدفع الثمن واتخذ إجراءات تحفظية لذلك فنزل ضمناً عن الفسخ (استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٦ وقد =

وللمدين كذلك . قبل النطق بالحكم النهائى[1]، أن ينفذ التزامه فيتجنب الفسخ[2] ولا يبقى فى هذه الحالة إلا أن يقدر القاضى ما إذا كان هناك محل للحكم بتعويض للدائن عن تأخر المدين فى تنفيذ التزامه . ومما يساعد على الحكم بالتعويض أن يكون الدائن قد أعذر المدين قبل رفع الدعوى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

= سبقت الإشارة إليه) وكما إذا تقدم البائع كدائن بالثمن فى تفليسة المشترى فلا يجوز له أن يطلب استرداد الشىء المبيع بعد ذلك (استئناف مختلط فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨٨ وقد سبقت الإشارة اليه) .

(١) [أنظر : عبد الحى حجازى فى بحثه سالف الذكر فقرة ٦٧ وما بعدها (مجلة العلوم القانونية — ٢ — ص ٢٧ وما بعدها) حيث يشير إلى أن هذا هو ما استقر عليه الفقه وقضاء النقض فى فرنسا ومصر ، من جواز قيام المدين بالتنفيذ إلى ما قبل صدور الحكم النهائى ، مما يمتنع معه قانوناً الحكم بالفسخ ، بعكس الحال فى القانون الايطالى حيث لا يجوز له ذلك بعد رفع الدعوى] .

(٢) [أنظر : دى باج حـ ٢ بند ٨٨٧ ص ٧٩٧] وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يسوغ للمستأجر أن يمنع الحكم بفسخ عقد الايجار إذا عرض عرضاً حقيقياً دفع المبلغ المستحق قبل صدور الحكم النهائى (أنظر حكم ٢٣ يناير ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٨٣) . وقضت أيضاً بأنه إذا طلب البائع من المحكمة فسخ البيع لعدم قيام المشترى بدفع ثمن المبيع ، فللمشترى أن يتدارك فسخ البيع بعرض الثمن ، ولو بعد صدور الحكم عليه ، وإنما قبل اكتساب هذا الحكم قوة الشىء المحكوم به أو تأييده استئنافياً . وهذا الحق الذى للمشترى يرجع إليه بمجرد قبول المحكمة طلب التماس تقدم بعد أن حكمت ، ولو كانت المحكمة قد حكمت بالفسخ ، لأن قبول الالتماس يعيد إلى الخصوم حقوقهم التى كانت لهم قبل صدور الحكم المنقوض (٢٥ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ - أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية فى ٩ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ — وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٩ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١١٤) — على أن كثيراً من أحكام القضاء المختلط كان يذهب إلى عكس ذلك ، ولا يجعل المدين يتجنب الفسخ بأن ينفذ التزامه قبل صدور الحكم النهائى : استئناف مختلط فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٨ — وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠١ — وفى ٩ يناير سنة ١٩١٨ جازيت ٨ رقم ١٠٩ ص ٤٧ وفى ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٧١ . ولكن محكمة النقض حسمت الأمر ، فقضت بأنه إذا كان الشرط الذى تضمنه العقد شرطاً فاسخاً ضمنياً ، فللمشترى — إلى أن يصدر الحكم النهائى بالفسخ — الحق فى توقى الفسخ بدفع الثمن - وإذا كان المشترى لم يعرض على البائع باقى الثمن إلا عند رفعه الاستئناف عن الحكم الصادر بالفسخ ، فمن الخطأ أن تحمل محكمة الاستئناف البائع كل مصروفات الدرجتين فى حكمها برفض دعوى الفسخ ، إذ هو كان محقاً فى طلب الفسخ حتى اتقاه المشترى بهذا العرض ، فلا يلزم بمصروفات الدرجة الأولى ولا بمصروفات الاستئناف إلى وقت حصول العرض (نقض مدنى فى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨) . [وانظر أيضاً نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨ — ونقض مدنى ٨ نوفمبر ١٩٦٢ نفس المجموعة ١٣ رقم ١٥١ ص ٩٩٢ عن عرض البائع استعداده للتسليم عرضاً غير حقيقى] .

كذلك القاضى ليس محتماً عليه أن يحكم بالفسخ . بل إن له فى ذلك سلطة تقديرية . فقد يحكم بالفسخ إذا رأى الظروف تبرر ذلك . وقد لا يحكم به ويعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه[1] . وتنص الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ على هذا الحكم صراحه إذ تقول : «ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته » . ومما يحمل القاضى على الحكم بالفسخ أن يتضح له تعمد المدين عدم التنفيذ أو إهماله فى ذلك إهمالا واضحاً رغماً من إعذار الدائن له قبل رفع الدعوى[2] . ومما يحمله على استبقاء العقد أن يكون ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته كما يقول النص[3] . ومما يحمله

---

(١) [انظر : نقض مدنى ٤ إبريل ١٩٥٧ — مجموعة أحكام النقض ٨ — رقم ٣٤ ص ٣٥٣ — وانظر دى باج جـ ٢ بند ٨٨٩ ص ٧٩٩ — ٨٠٠] وانظر : محكمة الاسكندرية الوطنية فى ٢٧ مارس ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٩٤ — محكمة طنطا الكلية فى ١٩ ينـاير ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١٣٥ ص ٤١٨ — استئناف مختلط فى ٢٦ يناير ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ — وفى أول أبريل ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ — وفى ٢٨ فبراير ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٨ — وفى ١٩ مايو ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٧ — ومع ذلك أنظر استئناف مختلط فى ١٨ يونيه ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٥٠ — ولكن التقنين الجديد صريح فى جواز عدم استجابة القاضى لطلب الفسخ وإعطاء المدين مهلة لتنفيذ التزامه .

(٢) أو أن يكون الفسخ مشترطاً صراحة إذا تحققت ظروف معينة على وجه التحديد (استئناف مختلط فى ٢٣ نوفمبر ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢٦) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم يتفق على شرط فاسخ صريح ، وكان الفسخ مقاما على الشرط الفاسخ الضمنى ، فإن محكمة الموضوع تملك رفض هـذا الطلب فى حالة الإخلال الجزئى إذا ما بان لهـا أن هذا الإخلال هو من قلة الشـأن بحيث لم يكن يستأهل فى قصد العاقدين فسخ العقد . وسلطة المحكمة فى استخلاص هذه النتيجة مطلقة لا معقب عليها (نقض مدنى فى ٤ ديسمبر ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٣٧ ص ٤٩٨) .

[وقضت محكمة النقض بألا معقب على محكمة الموضوع إذا هى ناقشت فى حدود سلطتها التقديرية دعوى الفسخ ورأت بناء على أسباب سائغة رفضها . وإذن فمتى كان الواقع هو أن الطاعن اشترى سـيارة من المطعون عليها وتعهدت البائعة بعمل الاجراءات اللازمة لنقل الرخصة لاسم المشـترى فى مدة لا تزيد على ١٥ يوماً وإلا التزمت برد الثمن الذى قبضته مع فوائده وغرامة قدرت بمبلغ معين ، وكان الحكم إذ قضى برفض دعوى الفسخ المقامة من المشترى قد أقام قضاءه على سببين حاصل أولهما أن تخلف البائعة عن نقل الرخصة للمشترى لم يكن نكولا عن التزام جوهرى لأن ملكية السيارة وحيازتها قد انتقلتا للمشترى من =

على إعطاء المدين أجلا للتنفيذ أن يكون للمدين عذر فى تأخره عن التنفيذ[1]، أو أن يكون الدائن لم يصبه إلا ضرر بسيط من جراء هذا التأخر[2]، أو أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين[3]. ولا يمنع القاضى أن يعطى مهلة للمدين أن يكون الدائن قد أعذره قبل رفع الدعوى[4]. وإذا أعطى المدين مهلة وجب عليه القيام

= وقت البيع وأنه يظهر من سكوت المشترى أنه لم ير داعياً لإثارة هذه المسالة ، ولانه قد ثبت أن المشترى قد تسلم المبيع وانتفع به زهاء ثلاث سنوات ونصف وأن المبيع من الاشياء القابلة للاستهلاك — وحاصل السبب الثانى أن البائعة عرضت على المشترى نقل الرخصة لاسمه فلم يشأ أن يتعاون معها فى إتمام الإجراءات ، فانه ليس فيما قرره هذا الحكم مخالفة للقانون (نقض مدنى فى ١٠ أبريل ١٩٥٢ — مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠ — وقد سبقت الإشارة إليه)] .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البائع قد تصرف فى جزء من الأطيان المبيعة أثناء نظر دعوى الفسخ التى أقامها لعدم وفاء المشترى بالثمن ، وتمسك المشترى فى دفع الدعوى بأن البائع لا يحق له طلب الفسخ بعد أن تصرف فى جزء من الأطيان المبيعة ، وكانت المحكمة إذ قضت بالفسخ قد أقامت قضاءها على أن البائع كان معذوراً فى تصرفه ، فإنها لا تكون بذلك قد خالفت القانون إذ اعتبرت أن المتسبب فى فسخ العقد هو المشترى دون البائع (نقض مدنى ٦/٣/١٩٥٢ — مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) .

(٢) استئناف مختلط فى أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨ (ولم يتسلم المشترى السندات ، ولكن ذلك لم يصبه بضرر ما وكان فى إمكانه تسلمها) — وفى ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٨ (أراد البائع لأرض انتهاز فرصة أن المشترى تأخر قليلاً عن دفع جزء من الثمن ليفسخ الصفقة بعد أن ارتفع ثمن الأراضى) .

(٣) وإذا كان هناك خطأ فى جانب كل من الطرفين ، فقد يدعو ذلك القاضى إلى عدم الحكم بالفسخ والاكتفاء بالتعويض (استئناف مختلط فى ٣ فبراير ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٠) وقد يخطىء المدين فى تفسير العقد فيتأخر وهو حسن النية عن تنفيذ التزامه ، فلا يكون هذا التأخر مبرراً للفسخ (محكمة مصر المختلطة الجزئية فى أول فبراير ١٩١٣ جازيت ٣ — ١٧٣ ص ٩٠) . [انظر أنور سلطان بند ٣٥٧ ص ٤١٤ وهامش ٣ — ونقض ٦/٣/١٩٥٢ — مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠ — سابق الإشارة إليه] .

(٤) فللقاضى إذن سلطة التقدير ، فله أن يفسخ العقد ، وله أن يعطى المدين مهلة لتنفيذ التزامه . وسلطته هذه مسألة موضوعية لا معقب عليها من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن فصل محكمة الموضوع فى صدد كتابة الأسباب لفسخ التعاقد أمر موضوعى خارج عن رقابة محكمة النقض . فلا تثريب عليها إذا هى رأت أن عدم تنفيذ أحد الالتزامات لا يوجب فسخ التعاقد ، وبينت الأسباب التى استندت إليها فى ذلك (نقض مدنى فى ١٨ مايو ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٥ ص ٥٦٦) . وقضت =

بتنفيذ الالتزام فى غضونها ، وليس له أن يتعداها ، بل ليس للقاضى أن يعطيه مهلة أخرى[1]. ويعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بعد انقضاء المهلة حتى لو لم ينص القاضى فى حكمه على ذلك[2]. وهذا بخلاف الأجل الذى يمنحه القاضى فى دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز للقاضى فى هذا الصدد — طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ — فى حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص فى القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم[3].

= أيضاً بألا يكون الشرط الفاسخ مقتضياً الفسخ حتما إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ عند تحققه بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار . أما الشرط الضمنى الفاسخ فلا يلزم القاضى به ، بل هو يخضع لتقديره . فللقاضى ألا يحكم بالفسخ ، وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ (نقض مدنى فى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٣ ص ١٠٨٦). وقضت بأنه لما كان القانون لا يوجب على القاضى فى خصوص الشرط الفاسخ الضمنى أن يقضى به ، إنما خوله سلطة تقديرية ، فله أن يحكم به ، وله أن يعطى المدين مهلة للقيام بتنفيذ الالتزام فى غضونها ، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (نقض مدنى فى ٢٣ مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣ أنظر أيضاً نقض مدنى فى ٨ يونيه ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥١ ص ٤١٩ — وفى ٣١ مايو ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢) . [وسنرى أن القاضى فى الفسخ الاتفاقى ليست له فى الأصل هذه السلطة التقديرية بل يتحتم عليه الحكم بالفسخ ؛ ولذلك تجب معرفة ما إذا كنا بصدد الفسخ القضائى أو الفسخ الاتفاقى حتى يتضح ما إذا كان للقاضى هذه السلطة التقديرية أو ليست له (نقض مدنى ٢ مايو ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥)] .

(١) [انظر بيدان جـ ٨ بند ٧٦٨ ص ٥٦٣ — دى باج جـ ١ بند ٨٨٩ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٠١ — حشمت أبو ستيت ص ٣٤٤ بند ٣٨٠ — أنور سلطان بند ٣٦٢ ص ٤١٩ — وهامش ٢ — عبد الحى حجازى فى بحثه السالف الذكر بند ١٣ — مجلة العلوم القانونية — ١ — ص ١٦٨ — . ولا ضرورة لأن ينص القاضى فى حكمه على اعتبار العقد مفسوخا بانقضاء المهلة (انظر نقض ٢٣/٣/١٩٥٠ — مجموعة أحكام النقض — ١ — رقم ٩٤ ص ٣٧٣ — وقد سبقت الإشارة إليه] على أنه يجوز إعطاء مهلة ثانية إذا كانت المهلة الأولى أعطيت فى دعوى بالتنفيذ لا فى دعوى بالفسخ (نقض فرنسى فى ٨ يناير ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ١ — ٤٩٧) .

(٢) نقض مدنى فى ٢٣ مارس ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٣٧٣ وقد سبقت الإشارة إليه — استئناف مختلط فى ١٣ أبريل ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٣٠ .

(٣) [انظر : نقض مدنى ٢٣ مايو ١٩٥٣ — مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٥٤ ص ٥١٠] ونرى من ذلك أن القاضى فى دعوى التنفيذ يجوز له أن ينظر المدين إلى آجال ، أى إلى أجل بعد أجل ، لا إلى أجل واحد .

٤٧٦ — تقادم دعوى الفسخ : ودعوى الفسخ ليست لها مدة خاصة تتقادم بها . فتقادمها إذن يكون بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق بالفسخ ، ويكون ذلك عادة عند الإعذار ، طبقاً للقواعد العامة فى التقادم المسقط . وهذا بخلاف دعوى الإبطال ، فقد رأينا أنها تتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال(1) .

المطلب الثالث

ما يترتب على الفسخ من أثر

٤٧٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٦٠ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جار الحكم بتعويض »(2) .

---

(١) [أنظر : الدكتور أنور سلطان بند ٣٧٠ ص ٤٢٨ — والدكتور عبد المنعم الصدة بند ٣٧٤ ص ٤٠٤] — ويوجد بين الفسخ والإبطال ، إلى جانب هذا الفرق ، فرقان آخران : (ا) يرجع سبب الفسخ إلى عدم قيام أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، ويرجع سبب الإبطال بوجه عام إلى نقص فى الأهلية أو عيب فى الإرادة (ب) فسخ العقد موكول إلى تقدير القاضى كما بينا ، أما إذا توافر سبب الإبطال فالقاضى ليست له سلطة تقديرية ولا يملك إلا الإبطال ، [وانظر حشمت أبو ستيت بند ٣٨٦] .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان ذلك مستحيلا استبدلا به تعويضاً يعادله . ٢ — على أن فسخ العقود الناقلة للملكية لا يضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية من النص اكتفاء بورود حكمها فى نص عام فى التسجيل هو المادة ١٣٧ ، وأدخلت تعديلات لفظية على العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى ، فصارت كالآتى : «فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض معادل » ، وأصبح رقم المادة ١٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد حذف كلمة « معادل» الواردة فى آخر النص تفادياً لشبهة الاتجاه إلى تقرير حكم يخالف القواعد العامة فى التعويض ، وأصبح رقم المادة ١٦٠ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٢٦ص ٣٣٠) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : ويترتب على الفسخ قضائياً كان أو اتفاقياً أو قانونياً ، انعدام العقد انعداما يستند أثره ، فيعتبر كأن لم يكن . وبهذا يعود المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى هذا العقد ، بعد أن تم فسخه . وإذا أصبح =

ويلاحظ أن هذا النص عام ، يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق أو بحكم القانون . ويتبين من النص أيضاً أنه إذا حكم القاضى بفسخ العقد فإن العقد ينحل ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . فالفسخ له أثر رجعى ، ويعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن ، ويسقط أثره حتى فى الماضى ، وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ بحكم الاتفاق أو بحكم القانون ، حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد مفسوخ ولا ينشىء الفسخ ، فإنه أيضاً مفهوم فى الفسخ بحكم القاضى ولو أن الحكم هنا منشىء للفسخ لا مقرر له . ولا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ وأن يكون له أثر رجعى ، فالحكم بالشفعة حكم منشىء ولكنه ينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم .

والحكم بالفسخ له هذا الأثر الرجعى فيما بين المتعاقدين و بالنسبة إلى الغير .

٤٧٨ — *أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين* : ينحل العقد ويعتبر كأن لم يكن . وتجب إعادة كل شىء إلى ما كان عليه قبل العقد[1] .

فإذا كان العقد بيعاً وفسخ ، رد المشترى المبيع إلى البائع ، ورد البائع الثمن إلى المشترى ويرد المبيع بثمراته والثمن بفوائده القانونية ، وذلك كله من وقت المطالبة القضائية طبقاً

= الرد مستحيلا وجب التعويض على الملزم وفقاً للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق . ومع ذلك فقد استثنى المشروع من حكم هذه القاعدة صورة خاصة تعرض فى فسخ العقود الناقلة لملكية العقارات ، فنص على أن هذا الفسخ لا يضر بالغير حسن النية إذا كان قد تلقى من العاقد الذى آلت إليه ملكية العقار بمقتضى العقد المفسوخ حقاً على هذا العقار قبل تسجيل صحيفة دعوى الفسخ (أنظر المادة ٣٧٥ من المشروع) . ومؤدى هذا أن يظل حق الغير قائماً ، ويرد العقار مثقلا به ، رغم فسخ العقد الناقل للملكية . وغنى عن البيان أن هذا استثناء يكفل قسطاً معقولا من الحماية للغير حسن النية ، ويهيىء بذلك للتعامل ما يخلق به من أسباب الاستقرار » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٩) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية الأخرى : السورى م ١٦١ (مطابق) — الليبى م١٦٢ (مطابق)— العراقى م ١٨٠ (موافق) — اللبنانى م ٢٤٢ (موافق) .

(١) [انظر حشمت أبو ستيت بند ٣٨٤ — مرقس بند ٣٥١ ص ٤٥٤ — أنور سلطان بند ٣٦٧ ص ٤٢٣ — الصدة بند ٣٧٧ ص ٤٠٨ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٠٢ و ٣٠٣] .

للقواعد العامة[١] . واسترداد كل متعاقد لما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق ، كما رأينا فى البطلان . ويسترد المتعاقد ما أعطاه لا ما يقابله[٢] .

وإذا بنى المشترى أو غرس فى العين المبيعة طبقت القواعد العامة (م ٩٢٤—٩٢٥) . ويعتبر المشترى فى هذا الخصوص حسن النية أو سيئها تبعاً لما إذا كان الفسخ حكم به له أو عليه[٣] .

وإذا هلك المبيع ، وكان المشترى هو الذى يطالب بالفسخ ، لم يجب إلى طلبه إذ تتعذر عليه إعادة الشيء إلى أصله كما قدمنا . ولكنه يستطيع المطالبة بتعويض على أساس المسئولية العقدية . أما إذا كان البائع هو الذى يطالب بالفسخ ، وهلك المبيع فى يد المشترى ، فإن كان الهلاك بخطأ المشترى حكم عليه بالتعويض ، وقد قضت المادة ١٦٠ بأنه إذا استحال الرد حكم بالتعويض كما رأينا . فاذا كان الهلاك بسبب أجنبي ، وطبقت قواعد دفع غير المستحق فى هذه الحالة كما طبقناها فى حالة البطلان ، وجب القول بأن المشترى وقت أن تسلم المبيع ، والعقد قائم لم يفسخ ، كان حسن النية ، فلا يكون مسئولا عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا انتفع بأنقاض منزل فى بناء منزل آخر . وللبائع أن يسترد الشيء التالف فى الصورة التى آل إليها دون أن يتقاضى تعويضاً

---

(١) هذا وقد تضمن المشروع التمهيدى نصاً ، هو المادة ٢٢٤ من هذا المشروع ، ويقضى بأنه « إذا انحل العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه ، أو يقدم ضماناً لهذا الرد وذلك طبقاً للقواعد المقررة فى حق الحبس » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأنه تطبيق للقاعدة فى حق الحبس . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٠ فى الهامش) — فإذا اعتبرنا أن التزام البائع برد الثمن قد ترتب فى ذمته بسبب التزام المشترى برد المبيع وارتبط كل التزام بالآخر (م ٢٤٦) كان لكل من الطرفين أن يحبس ما بيده حتى يسترد ما بيد الآخر . ويكون هذا صحيحاً أيضاً فى حالة البطلان .

(٢) استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٤ .

(٣) استئناف مختلط فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٧٠ — وفى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٢١٨ ص ١٣٨ — حلمى عيسى فى البيع فقرة ١٦٤٨ — نجيب الهلالى فى البيع فقرة ٧٠٠ ص ٤٨١ .

عن التلف . غير أنه لا يتصور أن البائع يبقى على طلب الفسخ بعد أن يعلم أن المبيع قد هلك بسبب أجنبي ، فخير له فى هـــذه الحالة أن يستبقى البيع ، فيطالب بالثمن . وبذلك يتحمل المشترى تبعة الهلاك[1] .

وللدائن الذى أجيب إلى فسخ العقد أن يرجع بالتعويض على المدين إذا كان عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه ، لإهمال أو تعمد[2] . والتعويض هنا يبنى على المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية ، فإن العقد بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض ، وإنما أساس التعويض هو خطأ المدين ، ويعتبر العقد هنا واقعة مادية لا عملاً قانونياً كما فى البطلان . أما العاقد الذى لم يقم بتنفيذ التزامه فليس له أن يطالب

---

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٥٦ — وإذا استبقى المشترى المبيع فى يده بعد فسخ البيع ولم يقبل رده فأصبح سيء النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي، وجب على المشترى أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رد إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤) . وهذا هو الحكم فى استرداد ما دفع دون حق إذا هلك فى يد من تسلمه وهو سيء النية .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه « ينفسخ حتما عقد البيع باستحالة تنفيذه ، يستوى فى ذلك أن تكون الاستحالة بتقصير المشترى أو بتقصير البائع . ولا يبقى بعد إلا الرجوع بالتضمينات من أحد العاقدين على الآخر . فإذا كان المشترى قد أنذر البائع له وكلفه بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع فلم يحضر ، ثم رفع عليه دعوى لإثبات التعاقد بينهما ليقوم الحكم فيها مقام عقد رسمى قابل للتسجيل ، وبسبب مطل المدعى عليه وتسويفه لم يحكم نهائياً للمدعى إلا بعد نزع الملكية جبراً ورسو مزاده بالفعل على الدائن المرتهن ، فإن هذا يكفى لإثبات أن استحالة تنفيذ عقد البيع وعدم إمكان الوفاء جاءا بعد تكليف المشترى للبائع رسمياً بالوفاء بالتزامه ، مما ينفسخ به البيع حتما من تاريخ نزع الملكية ، ويجعل البائع مسئولا عن النتائج التى ترتبت على هذا الفسخ من رد الثمن مع التضمينات . فإذا حكمت المحكمة فى هذه الحالة برفض طلب المدعى التضمينات ، واسترداد ثمن المبيع استناداً إلى قيام الحكم الصادر بصحة التعاقد مع سقوط هذا الحكم لخروج المبيع جبراً من ملك البائع ، كان حكمها خاطئاً متعيناً نقضه » (نقض مدنى فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢) .

والحكم فيما قضى به صحيح ، لأن البائع فى القضية هو المقصر بعد أن كلف بالوفاء رسمياً ، ولم تنزع الملكية جبراً عنه إلا بعد هذا التكليف . فالعقد يفسخ عليه ويلتزم بالتعويض . ولكن الذى يؤخذ على الحكم أنه قرر فى قاعدة عامة أن العقد ينفسخ باستحالة التنفيذ ولو كانت الاستحالة راجعة إلى تقصير المشترى . وقد رأينا أن الاستحالة إذا رجعت إلى تقصير المشترى ، كان للبائع أن يطالبه بالتعويض إما على أساس المسئولية العقدية ، وفى هذه الحالة يبقى العقد قائماً ، وإما على أساس فسخ العقد مع التعويض .

بالتعويض[1]. وإذا كان ما طلبه الدائن هو تنفيذ العقد لا فسخه ، جاز الحكم له بالتعويض على أساس المسئولية العقدية كما قدمنا ، لأن العقد فى هذه الحالة بقى قائماً ولم يفسخ . فيصح إذن للدائن أن يحصل على تعويض ، إما مع بقاء العقد على أساس المسئولية العقدية ، وإما بعد فسخ العقد على أساس المسئولية التقصيرية . وهذا هو ما عنته الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ حين قضت بأن للدائن أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه « مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض » .

و إذا كان العقد زمنياً كالإيجار ، وفسخ ، لم يكن لفسخه أثر رجعى ، لأن طبيعة العقود الزمنية تستعصى على هذا الأثر . ذلك أن العقد الزمنى يقصد الزمن فيه لذاته ، فالزمن معقود عليه ، وما انقضى منه لا يمكن الرجوع فيه[2]. و يترتب على ذلك أن المدة التى انقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها ، ويبقى عقد الإيجار قائماً طول هذه المدة ، ويعتبر العقد مفسوخاً من وقت الحكم النهائى بفسخه لا قبل ذلك . وتكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على الفسخ لها صفة الأجرة لا التعويض[3] ، فيبقى لها ضمان امتياز المؤجر[4] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن فسخ العقد بسبب خطأ أحد العاقدين لا يجعل له الحق فى المطالبة بتعويض (نقض مدنى فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٥ ص ٥٢٠) .

(٢) أنظر فى هذا المعنى رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٨٩ — ص ٢٠٠ ، وما أشار إليه من أحكام القضائين الفرنسى والمصرى ومن أقوال الفقهاء . وقارن نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٥٦ — وقارن أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ يونية سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٩٨ ص ١٣١ [واانظر الدكتور سليمان مرقس : المصادر بند ٣٥٢ ص ٤٥٦ — وأنور سلطان بند ٣٦٨ ص ٤٣٥] .

(٣) أنظر فى تقرير التعويض عن فسخ العقد الزمنى رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ٢٠٠ — ص ٢٠٩ .

(٤) وهذا بخلاف إبطال العقد الزمنى ، فإن العقد يعتبر كأن لم يكن بالإبطال ، ويكون المستحق عن المدة السابقة على الحكم بالإبطال تعويضاً لا أجرة ، فلا يكفله امتياز المؤجر ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى البطلان .

وليس فيما قررناه إلا تطبيق للقواعد العامة . وقد تحرينا أن نطبق هذه القواعد فى حالة الفسخ كما طبقناها فى حالة البطلان[١] .

٤٧٩ — أثر الفسخ بالنسبة إلى الغير[٢] : ينحل العقد بالنسبة إلى الغير بأثر رجعى أيضاً . فإذا كان العقد بيعاً ، وباع المشترى العين إلى مشتر ثان أو رتب عليها حقاً عينياً كحق ارتفاق أو حق انتفاع ، ثم طالب البائع بفسخ البيع وأجيب إلى طلبه ، رجعت العين إليه خالية من هذه الحقوق .

على أنه يجب ، للوصول إلى هذه النتيجة ، تسجيل دعوى الفسخ على غرار تسجيل دعوى البطلان . وقد نصت المادة ١٥ من قانون الشهر العقارى على أنه « يجب التأشير فى هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف الذى تضمنه المحرر وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . فإذا كان المحرر الأصلى لم يشهر تسجل تلك الدعاوى». وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » .

---

(١) ودعوى الفسخ كدعوى الإبطال دعوى شخصية ، لا يطلب فيها إلا الحكم بفسخ العقد . فإذا اقترنت بطلب رد الشىء كانت الدعوى شخصية أيضاً ، لأن الطلب يكون مبنياً على التزام شخصى هو رد ما تسلمه المدين دون حق كما قدمنا .

ويلاحظ أن دعوى الفسخ من شأنها أن تجعل الدائن فى مقام الدائن الممتاز من الناحية العملية . ذلك لأنه يسترد ما أعطاه دون أن يشترك معه فيه بقية دائنى المدين ، فهو ممتاز من هذه الناحية ، بعكس ما إذا اقتصر على طلب تنفيذ العقد ، فإنه يصبح فى هذه الحالة كبقية الدائنين ، ويشترك هؤلاء معه شركة غرماء . فدعوى الفسخ والمقاصة والحق فى الحبس وحق الامتياز ، كل هذه تخدم غرضاً عملياً واحداً .

(٢) [انظر حشمت أبو ستيت بند ٣٨٥ — سليمان مرقس بند ٣٥٤ — ٣٥٥ ص ٤٥٨ — ٤٥٩ — أنور سلطان بند ٣٦٩ ص ٤٢٦ — عبد المنعم فرج الصدة بند ٣٧٨ ص ٤٠٨] .

و يتبين من ذلك أن الغير إذا تلقى حقاً عينياً بعد تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، فإن حقه يزول بفسخ العقد ، سواء كان سيء النية أو حسنها . أما إذا تلقى الحق العيني قبل تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها ، بأى سبب من أسباب كسب الحقوق العينية ، فإن حقه يزول إذا كان سيء النية ، ويبقى إذا كان حسن النية .

وقد ورد نص خاص لمصلحة الدائن المرتهن رهناً رسمياً ، هو المادة ١٠٣٤ ، وتقضى بأنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » . ويعتبر هذا النص تطبيقاً خاصاً للقاعدة العامة التى وردت فى المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى .

وقد سبق بيان كل ذلك فى البطلان ، والفسخ مثل البطلان فى الأثر [١] .

المبحث الثانى

الفسخ بحكم الاتفاق

٤٨٠ — **النصوص القانونية** : نصت المادة ١٥٨ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار ، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » [٢] . ولا يقابل هذا النص فى التقنين القديم إلا نص

---

(١) [انظر فى مقارنة الفسخ بالبطلان : الدكتور حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام — طبعة ١٩٥٤ — بند ٣٨٦ ص ٣٤٩] .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢١٩ من المشروع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لولا بعض خلاف لفظى . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ١٦٢ من المشروع النهائى ـ ووافق عليه ـ

ورد فى عقد البيع ، هو المادة ٣٣٤/٤١٦ ، التى جرت على النحو الآتى :

« إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة فى هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشترى ، بل ينفسخ البيع إذا لم يدفع المشترى الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط فى العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمى » .

ولم يستحدث التقنين الجديد فى هـذا الصدد شيئاً إلا أنه عمم القاعدة التى وردت فى عقد البيع ، وهذا ما كان القضاء المصرى يجرى عليه من قبل دون حاجة إلى نص .

٤٨١ — متى يكون الاتفاق على الفسخ — التدرج فى هذا الاتفاق : قد يتفق المتعاقدان على فسخ العقد عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه . فإذا تم هذا الاتفاق بعد أن يخل المتعاقد بالتزامه فعلا — ويقع ذلك غالباً فى ثنايا إجراءات التقاضى بأن يرفع الدائن دعوى الفسخ فيعلنه المدين بقبول الفسخ قبل صدور حكم فى الدعوى — كان هذا

= مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بتعديل لفظى جعله مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، تحت رقم المادة ١٥٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٣٢٢ — ص٣٢٣) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما الفسخ الاتفاقى فيفترض اتفاق المتعاقدين على وقوع الفسخ بحكم القانون دون حاجة إلى حكم قضائى عند التخلف عن الوفاء . ويفضى مثل هذا الاتفاق إلى حرمان العاقد من ضمانتين : (أ) فالعقد يفسخ حتما دون أن يكون لهذا العاقد ، بل ولا للقاضى ، خيار بين الفسخ والتنفيـذ . (ب) ويقع الفسخ بحكم الاتفاق دون حاجة للتقاضى . على أن ذلك لا يقيل المدين من ضرورة الترافع إلى القضاء عند منازعة المدين فى واقعة تنفيذ العقد . بيد أن مهمة القاضى تقتصر ، فى هذه الحالة ، على التثبت من هذه الواقعة ، فإذا تحققت لديه صحتها أبقى على العقـد ، وإلا قضى بالفسخ . على أن حرمان المدين من هاتين الضمانتين لا يسقط عنــه ضمانة أخرى ، تتمثل فى ضرورة الإعذار ، ما لم يتفق المتعاقدان صراحة على عدم لزوم هـذا الإجراء أيضاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٨) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٥٩ (مطابق) — الليبى م ١٦٠ (مطابق) — العراقى م ١٧٨ (موافق) — اللبنانى م ٢٤١/٤ (موافق) .

بمثابة تقايل ذى أثر رجعى[١]. ويحل الاتفاق فى هذه الحالة محل الحكم وله أثره ، ما لم يكن هناك تواطؤ بين المتعاقدين للاضرار بحقوق الغير[٢].

ولكن الغالب فى العمل أن المتعاقدين يتفقان على الفسخ مقدماً وقت صدور العقد[٣].

وقد أظهر العمل أن المتعاقدين يتدرجان فى اشتراط الفسخ وقت صدور العقد . فأدنى مراتب هذا الشرط هو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته . وقد يزيدان فى قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه . بل قد يتدرجان فى القوة إلى حد الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصلان إلى الذروة فيتفقان على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار أو دون حاجة إلى إنذار .

ونبحث الآن فى حكم كل شرط من هذه الشروط ، مستهدين فى ذلك بما جرى عليه القضاء فى عهد التقنين القديم ، إذ لم يغير التقنين الجديد من ذلك شيئاً كما قدمنا .

٤٨٢ — الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا : حكم هذا الشرط يتوقف على نية المتعاقدين ، فقد يكونان أرادا به تحتيم الفسخ إذا أخل المدين بالتزامه ، فيتحتم على القاضى

---

(١) استئناف مختلط فى ١٣ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٣٣ . وانظر آنفاً فقرة ٣٧٤ فى الهامش .

(٢) استئناف مختلط فى ١٨ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٢٦ — وهذه هى الدعوى البوليصية . أما إذا كسب الغير حقاً عينياً قبل تسجيل دعوى الفسخ وكان حسن النية ، فإن حقه يبقى نافذاً قبل الدائن بالرغم من الفسخ حتى لو لم يكن هناك تواطؤ ، وقد تقدم بيان ذلك .

(٣) [انظر فى الفسخ الاتفاقى : حشمت أبوستيت بند ٣٨١ ص٣٤٤ — سليمان مرقس بند ٤ ٣ (ويسميه الفسخ التلقائى) — أنور سلطان بند ٣٦٥ ص ٤٢١ — عبد المنعم الصدة بند ٣٧٥ ص ٤٠٤ — بيدان جـ ٨ بند ٧٦٩ ص ٥٦٤ — دى باج جـ ٢ بند ٨٩٢ وما بعده — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٠٥ — جان باريكان (Jean Barricand) : شرط الفسخ الصريح فى العقود (مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٧ صحيفة ٤٣٣ وما بعدها) — عبد الحى حجازى : مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ (مقال فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة الأولى ص١٤٦ — ١٤٧ ص٤٤٣ وما بعدها — والسنة الثانية من المجلة المذكورة ص ١ ومابعدها ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا المقال] .

فى هذه الحالة أن يحكم بالفسخ . ولكن هذا لا يغنى عن رفع الدعوى بالفسخ ولا عن الإعذار [١] .

إلا أنه من الصعب استخلاص نية كهذه من مجرد ورود شرط على هذا النحو . والغالب أن المتعاقدين لا يريدان بمثل هذا الشرط إلا أن يقررا فى ألفاظ صريحة القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ . وعلى ذلك لا يغنى الشرط عن الإعذار ، ولا عن الالتجاء للقضاء للحصول على حكم بالفسخ ، ولا يسلب القاضى سلطته التقديرية ، فلا يتحتم عليه الحكم بالفسخ ، وله أن يعطى للمدين مهلة لتنفيذ التزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . بل هو لا يسلب المدين حقه من توقى الفسخ بتنفيذ الالتزام إلى أن يصدر الحكم النهائى بالفسخ . وهذا هو ما قررته محكمة النقض فى أحكامها الأخيرة . فقد قضت بأن شرط الفسخ لا يعتبر صريحاً فى معنى المادة ٣٣٤ من التقنين المدنى (القديم) إلا إذا كان يفيد انفساخ عقد البيع من تلقاء نفسه . أما إذا تعهد المشترى بأداء باقى ثمن المبيع فى ميعاد عينه ، فإن لم يؤده فى هذا الميعاد كان للبائع الحق فى فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى المنصوص عليه فى المادة ٣٣٢ من التقنين المدنى (القديم) [٢] .

---

(١) محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٦ مايو سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٩ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٨ — استئناف مختلط فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٣٣ — وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ جازيت ٢٢ رقم ٢٦٥ ص ٩٣١ — وقارن استئناف مختلط فى ٥ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٥٩ .

(٢) نقض مدنى فى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥ ص ٥٨ — وقضت محكمة النقض أيضا بأن الشرط الفاسخ لا يقتضى الفسخ حتما بمجرد حصول الإخلال بالالتزام إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على وجوب الفسخ حتما عند تحققه . ولما كانت عبارة الشرط الواردة فى نهاية عقد الصلح ، ونصها « إذا أخلت المشترية بشروط هذا الصلح أو أحدها فيكون البيع لاغياً » لا تفيد المعنى الذى يذهب إليه الطاعنان ، بل ما هى إلا ترديد للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين (نقض مدنى فى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ (مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥١ ص ١٧٧) — انظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٣ يناير سنة ١٩٠٠ — المجموعة الرسمية ١ ص ٨٣ — وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ — استئناف مختلط فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٦٢ . =

٤٨٣ — الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه (de plein droit) : ويفسر هذا الشرط فى أغلب الأحوال على أنه يسلب القاضى سلطته التقديرية ، فلا يستطيع إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه ، ولا يملك إلا الحكم بالفسخ . فيصبح الحكم بالفسخ محتما كالحكم بالإبطال . ولكن الشرط لا يغنى عن إعذار المدين ، ولا عن رفع الدعوى بالفسخ . ويكون الحكم منشئاً للفسخ لا مقرراً له ، كما هو الأمر فى القاعدة العامة للفسخ .

ولا تعارض فى هذه الحالة بين إعذار الدائن المدين وتكليفه بالتنفيذ ، وبين المطالبة بفسخ العقد بعد ذلك . فإن الإعذار لا يعتبر تنازلا عن المطالبة بفسخ العقد ، بل هو شرط واجب لرفع دعوى الفسخ . وهذا هو ماقررته محكمة النقض ، إذ قضت « بأن المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) تقتضى أنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن ، كان على القاضى إيقاع الفسخ على المشترى إذا لم يدفع الثمن بعد إعذاره بإنذار ، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعذار . ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشترى بإنذاره أى يكلفه الوفاء . فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من إعمال خياره فى الفسخ . وإذن فباطل زعم المشترى أن الإنذار الموجه إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلا من البائع عن خيار الفسخ ، فإن ذلك الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح »[1] .

= [وانظر نقض مدنى ١٢ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥١ ص ١٧٧ — أول مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٤٦ ص ٩٨٨ — ٢٤ نوفبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٦ ص ١٥١٠ — ١٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٢٧٥] .

(١) نقض مدنى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ — انظر أيضاً محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ — وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم — واستئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٥ — وفى ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — وفى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١ .

٤٨٤ – الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم :

وهذا الشرط معناه أن فسخ العقد يقع من تلقاء نفسه إذا أخل المدين بالتزامه . فلا حاجة لرفع دعوى بالفسخ ولا لحكم ينشىء فسخ العقد وإنما ترفع الدعوى إذا نازع المدين فى إعمال الشرط وادعى أنه قام بتنفيذ التزامه . فيقتصر القاضى فى هذه الحالة على التحقق من أن المدين لم ينفذ التزامه . فإذا تحقق من ذلك حكم بالفسخ ، ولكن حكمه يكون مقرراً للفسخ لا منشئاً له .

ولا يعفى الشرط من إعذار المدين[١] . فإذا أراد الدائن إعمال الشرط ، وجب عليه تكليف المدين بالوفاء . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه بعد هذا الإعذار ، انفسخ العقد من تلقاء نفسه على النحو الذى بيناه فيما تقدم .

على أنه لا شىء يمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ العقد بدلا من فسخه ، فإن الفسخ لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد الدائن ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ[٢] .

وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن «الاتفاق فى عقد الإيجار على أن يفسخه تأخر المستأجر فى دفع الأجرة ليس تعليقاً للعقد على شرط فاسخ بكل معناه ، فإن النتيجة اللازمة لهذا التعليق هى أن يقع الفسخ بقوة القانون بمجرد التأخر فى سداد

---

(١) [انظر عبد الحى حجازى ، المقال السابق ذكره ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، السنة الثانية ص ٢٦ وهامش (١) بها — وحكم النقض المشار إليه ثمة (وصحة تاريخه : ٢٣ ديسمبر ١٩٤٨) وهو منشور بمجموعة عمر جزء (٥) رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ — وقد سبقت الإشارة إليه] .

(٢) [انظر مقال الدكتور حجازى السابق ذكره — بند ٤٧ و ٤٨ (مجلة العلوم القانونية السنة الثانية ص ١ — ١٧ . وانظر دى باج ج ٢ بند ٨٩٧ ص ٨٠٣ — وأنور سلطان بند ٣٦٥ ص ٤٢١ .

وانظر فى ضرورة طلب الفسخ ، بالنسبة لشرط الفسخ الضمنى : دى باج ج ٢ بند ٨٨٤ و ٨٨٥ ص ٧٩٤ — ونقض مدنى ١٣ ديسمبر ١٩٠٦ (مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٣٩ ص ٩٧٥) حيث قضى بأن تحقق الشرط الفاسخ لا يؤدى إلى انفساخ العقد مادام من وضع هذا الشرط لمصلحة لم يطلب الفسخ . وانظر آنفاً فقرة ٤٧٤ من هذا الكتاب وهوامشها] .

الأجرة بغير خيار للدائن ، وقد يرغب الاستمرار فى تنفيذ العقد عيناً رغم التأخر فى السداد ، وبذلك يكون فسخ العقد خاضعاً لمطل المستأجر ورغبته . إنما هو اتفاق مقصود به تحسين مركز المؤجر وتقوية ضمانه قبل المستأجر . فالفسخ هو حق له ، يجوز أن يتمسك به أو يتنازل عنه ، وبذلك لا يقع الفسخ إلا إذا اختاره بالتنبيه على المستأجر بذلك ، إلا إذا اتفق على إعفائه من هذا التنبيه بنص صريح فى العقد . وهذه الفكرة هى رجوع عن قاعدة الفسخ القضائى ، وهى قاعدة القانون الفرنسى المعروفة . إلى قاعدة التشريع الألمانى الذى يعلق فسخ العقد لا على قضاء القاضى ، بل على خيار الدائن وإعلان هذا الخيار للمدين »[1] .

٤٨٥ — الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار : وهذا هو أقصى ما يصل إليه اشتراط الفسخ من قوة . وفى هذه الحالة يكون العقد مفسوخاً بمجرد حلول ميعاد التنفيذ وعدم قيام المدين به دون حاجة إلى إعذار المدين ، ولا إلى حكم بالفسخ إلا ليقرر إعمال الشرط على النحو الذى بيناه فيما تقدم ، ويكون إذن مقرراً للفسخ لا منشئاً له[2] . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا اتفق على أن يكون العقد

---

(١) محكمة مصر الكلية الوطنية [دائرة القضاء المستعجل] فى ٣٠ يوليه ١٩٣٢ — المحاماة — ١٣ — رقم ٩٥ — ٢١٦ — انظر أيضاً محكمة أسيوط الكلية فى ١٥ فبراير ١٩٢٨ — المحاماة — ٩ — رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ — استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ — وفى ٢٠ نوفبر ١٩٣٠ — جازيت ٢٢ رقم ٢٤١ ص ٢٠٩ — وفى ٢٠ مارس ١٩٣٥ — م ٤٧ ص ٢١١ — وفى ١٨ مايو ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٦ .

وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية أيضاً بأن « الحالة الوحيدة التى يجوز للطرفين فيها الاتفاق على اختصاص قاضى الأمور المستعجلة بإخلاء المستأجر عند تأخره فى أداء الأجرة هى التى ينص فيها على أن هذا التأخر يفسخ العقد بغير حاجة لاستصدار حكم بذلك ، فبهذا النص يقع الفسخ بمجرد التأخر فى سداد الأجرة » [محكمة مصر الكلية (مستعجل) فى ١٣ أكتوبر سنة ١٩٣٢ — المحاماة ١٣ رقم ٣٠٠ ص ٥٨٧] ويتبين من ذلك أن قاضى الأمور المستعجلة يكون مختصاً فى الأحوال التى يكون فيها الحكم مقرراً للفسخ لا منشئاً له ، ذلك أن القاضى يجد أمامه عقداً مفسوخاً ، لا عقداً يطلب منه أن يفسخه مما يضطره إلى الخوض فى مسائل موضوعية .

(٢) ولكن للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله [نقض مدنى ٢٦ مارس ١٩٥٣ — مجموعة أحكام النقض — ٤ — رقم ١١٠ — ص ٧٣٨] وقد استعملت محكمة =

مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار . والاتفاق على الإعفاء من شرط الإعذار يجب أن يكون صريحاً ، كما يقضى نص المادة ١٥٨ ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد لما ينطوى عليه من خطورة بالنسبة إلى المدين .

ويلاحظ هنا أيضاً أن الشرط لا يمنع الدائن من طلب تنفيذ العقد دون فسخه ، وإلا كان تحت رحمـــة المدين ، إذا شاء هذا جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن تنفيذ التزامه . ويترتب على ذلك أن العقد لا يعتبر مفسوخاً إلا إذا أظهر الدائن رغبته فى ذلك ، ولا يقبل من المدين التمسك بالفسخ إذا كان الدائن لم يتمسك به[1] .

ومن ثم نرى أن هذا الشرط هو وسط بين الفسخ القضائى والانفساخ بحكم القانون .

= الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا فى قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف « الشيك » المحول إليه ، كان العقد مفسوخاً حتما من تلقاء نفسه دون إنذار ، فامتنع المصرف من صرف « الشيك » لبعض إجراءات شكلية . وقد ثبت أن مقابل الوفاء موجود فى المصرف وإن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة « الشيك » أو أن يعطيه « شيك آخر » . فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن متعنت فى تقديره ، وأن العقد لم يفسخ بل يزال قائماً (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤) — وفى قضية أخرى اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ الذى كان موجوداً فى العقد الأول ، ولا يجوز للدائن التمسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط فى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١١) وفى قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر مدين فى دفع قسط ، وقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد ، ثم تمسك فجأة بحقه فى الفسخ عندما تأخر المدين عن ميعاد قسط ، فإن تساهله السابق يحمل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط فى ٢٨مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) .

(١) [وإذا نزل عنه الدائن ، عاد للمدين الحق فى الوفاء بالتزامه قبل الحكم بالفسخ وفقاً لأحكام الفسخ القضائى (نقض مدنى ٣١ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٥ سنة ٩٢٣)] . قارن فى هذا الصدد ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أنه « إذا نص فى عقد بيع أنه إذا تأخر المشترى عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائى ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال ، كان للمشترى الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما للبائع سواء بسواء (٢٧ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٤ رقم ٢٧٠ ص ٣٢٩) ولكن يلاحظ فى هذه القضية أن المشترى قد دفع عربوناً للبائع فيحق له الرجوع فى البيع ويصبح العربون حقاً مكتسباً للبائع .

فهو أعلى من الفسخ القضائى — وكذلك أعلى من اشتراط أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه — فى أن الحكم بالفسخ فيه إذا قامت حاجة لصدوره ، يكون مقرراً للفسخ لا منشئاً له[1] . وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون فى أن العقد لا ينفسخ فيه إلا إذا أظهر الدائن رغبته فى ذلك .

وهذه المبادىء قررتها محكمة النقض . فقد قضت بأنه « إذا كان العقد مشروطاً فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه ، فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد حصول هذه المخالفة بدون احتياج إلى تنبيه رسمى أو تكليف بالوفاء ، وله الحق فى تسلم العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضى الأمور المستعجلة ، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ . ولا يبقى له فى اعتبار الفسخ حاصلا فعلا إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التى يترتب عليها . ولا يؤثر فى مدلول هذا الشرط وأثره القانونى أن يكون التمسك به من حق المؤجر وحده ، لأنه فى الواقع موضوع لمصلحته هو دون المستأجر . والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتصاره على طلب الأجرة فى دعوى سابقة هو قول مردود . لأن التنازل الضمنى عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك فى أنه قصد بها التنازل عنه . وليس فى المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك ، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التى يترتب الفسخ على التأخر فى دفعها »[2] .

---

(١) [انظر نقض مدنى ١٤/٤/١٩٥٥ (مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٤ ص ٩٤٦) حيث قضى بأن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط بغير ما حاجة لرفع دعوى الفسخ ، ولا يملك القاضى فى هذه الحالة سلطة تقديرية يستطيع معها إعطاء مهلة للمدين لتنفيذ التزامه ولا يكون حكمه منشئاً للفسخ] .

(٢) نقض مدنى فى ١٢ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ١٩٢ ص ٥٤٠ — أنظر أيضاً استئناف مصر الوطنية فى ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ المحاماة ٣٠ رقم ١٥٦ ص ١٦٣ — استئناف مختلط فى ١٢ أبريل سنة ١٨٧٧ المجموعة الرسمية للقضاء المختلط ٢ ص ٢٦٠ — وفى ١٣ مايو سنة ١٨٨٦ بوريللى م ١٧٧ — وفى ٦ يونية سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢ — وفى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٠ =

= وفى ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٦ — وفى ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠ — وفى ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ١٧ ص ٢٠ – وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨١ — وفى ٢٠ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢١١ — وفى ٢٩ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٩٢ .

وقضت محكمة النقض أيضاً فى هذا المعنى بأنه « متى كان الطرفان قد اتفقا فى عقد البيع على أن يقع الفسخ فى حالة تأخر المشترى عن دفع باقى الثمن فى الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمى أو غير رسمى ، فإن العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملا بالمادة ٣٣٤ مدنى (قديم) . ولا يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى . ومتى وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد فإن إيداع الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه » (نقض مدنى فى ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧) .

هذا وليس من الضرورى أن يوضع الشرط الذى نحن بصدده فى الصيغة المتقدم ذكرها . بل إن أية صيغة تدل على هذا المعنى كافية . ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض من أنه « إذا كان العقد المحرر بين مدين ودائنه (بنك التسليف) ينص على أن المدين تعهد بأن يسدد إلى البنك مطلوبه على أقساط وبأن يقدم له عقاراً بصفة رهن تأميناً للسداد ، وعلى أن البنك تعهد من جانبه برفع الحجزين السابق توقيعهما منه على منقولات المدين وعقاراته متى تبين بعد حصول الرهن وقيده واستخراج الشهادات العقارية عدم وجود أى حق عينى مقدم عليه ، ثم فسرت المحكمة ذلك بأن قبول البنك تقسيط الدين متوقف على قيام المدين بتقديم التأمين العقارى بحيث إذا لم يقدم هذا التأمين بشروطه المنصوص عليها فى العقد كان البنك فى حل من قبول التقسيط ، وتعرفت نية المدين فى عدم تقديمه التأمين من خطاب صادر منه ، وبناء على ذلك قضت بعدم ارتباط البنك بالتقسيط وبأحقيته فى الاستمرار فى التنفيذ بدينه على المنقولات والعقارات دون أن يكون ملزماً بتكليف المدين رسمياً بالوفاء ، فإن هذا الحكم لا يكون قد خالف القانون فى شىء » (نقض مدنى فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧ ص ٣٦) . وقضت أيضاً « بأن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح فى معنى المادة ٣٣٤ من القانون المدنى (القديم) . وعلى ذلك فإذا ما أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على أن يودع العقد لدى أمين حتى يوفى المشترى الثمن فى الميعاد المتفق عليه . ونصا على أنه عند إخلال المشترى بشروط العقد يصرح الطرفان للمودع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن نية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أى اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد مسخ مدلول نص العقد لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها » (نقض مدنى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

[وانظر فى أن الاتفاق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع فى بيع المنقولات يكون بمثابة اتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعذار إذا لم يدفع الثمن ، إلى المادة ٤٦١ مدنى . وانظر فى ذلك الدكتور سليمان مرقس (المصادر) بند ٣٤٥ ص ٤٤٦ — والدكتور أنور سلطان بند ٣٦١ ص ٤١٧ — ودى باج جـ ٢ بند ٨٨٨] .

٤٨٦ — ما يترتب على الفسخ الاتفاقى من أثر : ذكرنا فيما تقدم أن نص المادة ١٦٠ هو نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان الفسخ بحكم القاضى أو باتفاق المتعاقدين أو بمقتضى القانون .

فإذا فسخ العقد بحكم الاتفاق ، فى أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم مقرر أو بغير حكم أصلا ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م ١٦٠) .

وينحل العقد بأثر رجعى ، ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، وذلك فيما عدا العقود الزمنية ، كل هذا على التفصيل الذى تقدم بيانه عند الكلام فى أثر الفسخ بحكم القاضى[1] .

المبحث الثالث

انفساخ العقد بحكم القانون

٤٨٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٥٩ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه »[2] .

---

(١) [انظر فى إمهال الدائن للمدين وأثر ذلك على الشرط الفاسخ الصريح : مقال الدكتور حجازى السالف ذكره — مجلة العلوم القانونية السنة (٢) ص ١١ — ١٤ — وانظر فى جواز قيام المدين بالتنفيذ ولو بعد الميعاد قبل أن يستعمل الدائن حقه فى الفسخ — والتفرقة فى ذلك بين الأجل الجوهرى والاجل غير الجوهرى : نفس المقال — المجلة المذكورة السنة (٢) ص ٢٠٥ — ٢٤٥] .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى ، مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتض » وحذفت لجنة المراجعة عبارة « مع عدم الإخلال بالتعويضات إن كان لها مقتض » ، وأصبح رقم المادة ١٦٣ =

ويجب أن يقرأ مع هذا النص نصان آخران متصلان به أوثق الاتصال ، هما المادتان ٣٧٣ و ٢١٥ .

فالمادة ٣٧٣ تنص على ما يأتى : « ينقضى الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبى لا يد له فيه » .

والمادة ٢١٥ ، وقد سبق ذكرها ، تنص على ما يأتى : « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه » .

ونرى من مجموع هذه النصوص أن الالتزام لا ينقضى بسبب استحالة تنفيذه إلا إذا

= فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ نوقشت عبارة « دون حاجة إلى حكم قضائى » فقيل فى الدفاع عن بقائها إنها عبارة بيانية لأن الأصل فى الفسخ أن يصدر به حكم من القضاء ، فإذا كان متفقاً عليه فى العقد وقع من وقت تحقق سببه ، وإذا رفع الأمر إلى القضاء اقتصر على التحقق من قيام هذا السبب دون أن يملك حرية التقدير . ولكن اللجنة حذفت هذه العبارة « لأنها تزيد قد يوحى بتقييد حق الترافع إلى القضاء وهذا حق لم يقصد النص إلى حرمان أحد العاقدين منه ، وكل ما قصد إليه أن الفسخ يعتبر واقعاً بمجرد انقضاء الالتزام المقابل بسبب استحالة التنفيذ » . وأصبح رقم المادة ١٥٩ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٤ — ٣٢٦) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يبقى بعد ذلك أمر الفسخ القانونى وهو يقع عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه . فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف سببه ، ولهذه العلة ينفسخ العقد من تلقاء نفسه أو بحكم القانون بغير حاجة إلى التقاضى بل وبغير إعذار ، متى وضحت استحالة التنفيذ وضوحاً كافياً . على أن الترافع إلى القضاء قد يكون ضرورياً عند منازعة الدائن أو المدين فى وقوع الفسخ . بيد أن موقف القاضى فى هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلا ، فاذا تحقق من ذلك يثبت وقوع الفسخ بحكم القانون ، ثم يقضى بالتعويض أو يرفض القضاء به ، تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ المدين أو تقصيره أو إلى سبب أجنبى لا يد له فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٨) — هذا ويلاحظ أن العبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية التى وضعنا تحتها خطاً غير صحيحة ، لأنها تفترض أن الاستحالة التى ينفسخ بها العقد قد تكون راجعة إلى خطأ المدين ، والصحيح أن الاستحالة لا ينفسخ بها العقد من تلقاء نفسه إلا إذا كانت راجعة إلى سبب أجنبى .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٠ (مطابق) — الليبى م ١٦١ (مطابق) — العراقى م ١٧٩ (موافق) — اللبنانى م ٢٤٣ (موافق) .

كانت هذه الاستحالة ترجع إلى سبب أجنبى . وأن العقد لا ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون إلا إذا انقضى الالتزام . فالعقد إذن لا ينفسخ إلا إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبى ، وما لم يثبت المدين هذا السبب الأجنبى بقى ملزماً بالعقد وحكم عليه بالتعويض[1] .

ولم يستحدث التقنين الجديد فى هذه المسألة شيئاً ، فقد كان هذا هو أيضاً حكم التقنين القديم ، إذ نصت المادة ١٧٩/٢٤٢ من هذا القانون على ما يأتى : « إذا انفسخ التعهد بسبب عدم إمكان الوفاء تنفسخ أيضاً كافة التعهدات المتعلقة به بدون إخلال بما يلزم من التضمينات لمستحقيها فى نظير ما حصل عليه غيرهم من المنفعة بغير حق . ولا يترتب على الفسخ إخلال بحقوق الدائنين المرتهنين الحسنى النية » .

ويتبين مما قدمناه أن استحالة تنفيذ الالتزام إذا لم ترجع إلى سبب أجنبى بقى المدين ملتزماً بالعقد . أما إذا رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبى ، فإن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون . ونستعرض كلا من الحالتين .

٤٨٨ — *استحالة التنفيذ لا ترجع إلى سبب أجنبى* : إذا استحال على المدين فى العقد الملزم للجانبين تنفيذ التزامه ، ولم يستطع أن يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، فإن المادة ٢١٥ تقضى كما أسلفنا بأن المدين يحكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه . وهذه هى المسئولية العقدية التى فصلنا قواعدها فيما تقدم . فالمدين الذى لم ينفذ التزامه يكون قد ارتكب خطأ عقدياً . وهو لم يثبت السبب الأجنبى فتبقى علاقة السببية مفروضة ، وبذلك تتحقق مسئوليته العقدية على أساس قيام العقد . ويتبين من ذلك

---

(١) [انظر فى ذلك : حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام طبعة ١٩٥٤ بند ٣٨٧ وما بعده ص ٣٥٠ — سليمان مرقس (المصادر) بند ٣٤٦ ص ٤٤٧ — أنور سلطان (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٣٧١ — ٣٧٣ ص ٤٢٨ — ٤٣٠ — عبد المنعم الصدة بند ٣٧٩ — ٣٨١ ص ٤٠٩ — ٤١١ — بيدان جـ ٨ بند ٤٠٤ ص ٢٩٦ — دى باج جـ ٢ بند ٧٧٤ ص ٦٩٤ وبند ٨٤١ إلى ٨٥٦ ص ٧٦٤ وما بعدها — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٢٨٥ — ٢٩٢] .

أن العقد لم ينفسخ فى هذه الحالة ، بل على النقيض من ذلك قد بقى وتأكد وجوده ، إذ أصبح هو الأساس للمطالبة بالتعويض .

ولكن ذلك لا يمنع من تطبيق قواعد الفسخ القضائى . فللدائن ، وقد أصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلا ، أن يطلب فسخ العقد لعدم وفاء المدين بالتزامه ، بدلا من أن يطلب التعويض على أساس المسئولية التقصيرية . وفى هذه الحالة لا يسع القاضى إلا أن يجيبه إلى طلبه ، إذ لا محل لإمهال المدين لتنفيذ التزامه بعد أن أصبح هذا التنفيذ مستحيلا ، فيحكم بفسخ العقد . والحكم هنا منشىء للفسخ لا مقرر له ، والعقد لم ينفسخ بحكم القانون بل فسخ بحكم القاضى .

٤٨٩ — *استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى :* أما إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى ، فإن الالتزام ينقضى طبقاً للمادة ٣٧٣ التى تقدم ذكرها ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه طبقاً للمادة ١٥٩[1] . والعلة فى هذا واضحة ، فقد انقضى التزام المدين

---

(١) قارن نظرية العقد للمؤلف فقرة (٦٤٠) والهامش رقم (١) من صحيفة ٦٨٥ [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بعد انعقاد العقد التبادلى لسبب أجنبى فإنه ينقضى واجب هذا الطرف فى تنفيذه ، وينفسخ العقد حتما و بقوة القانون ويعود كل طرف إلى حالته قبل التعاقد . (وكان السبب الأجنبى فى هذه القضية هو قيام الحرب العالمية الثانية وقطع العلاقات التجارية والسياسية بين مصر وألمانيا مما استحال معه تنفيذ عقود تصدير كميات من القطن إلى بيوت التجارة الألمانية) : نقض مدنى ١٩/١١/١٩٥٩ — مجموعة أحكام النقض (١٠) رقم ١٠٣ ص ٦٧٧ .

كما قضت محكمة النقض بأن المقصود بالاستحالة التى ينقضى بها الالتزام هو الاستحالة المطلقة لطروء قوة قاهرة أو حادث جبرى لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه . وإذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بعد صدور قانون تقسيم الأراضى رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ وإن امتناع المساحة عن تسجيل العقد كان متوقعاً كأثر من آثار هذا القانون ، فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل للتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ ، فإن ذلك يكون استخلاصاً سائغاً لا رقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدنى ٢٨/٦/١٩٥٦ — مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٠ ص ٧٨٩) .

وقضت أيضاً بأن بيع البضاعة المتعاقد عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها حتى يفصل فى النزاع القائم بين الطرفين بشأن البيع الصادر بينهما لا يؤدى إلى انفساخ هذا العقد ، ولا يسوغ فى ذاته الفسخ ، إذ أن بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس على هلاك الشىء المبيع ، الموجب لانفساخ عقد البيع ، ذلك أن هلاك الشىء المبيع هو زواله من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سماوية أو حادث مادى بفعل إنسان ، =

لاستحالة تنفيذه بسبب أجنبى ، فلم يعد ثمة محل للمسئولية العقدية ليختار الدائن بينها وبين فسخ العقد كما كان يفعل لو أن الاستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبى . فلم يبق إلا فسخ العقد . ولذلك نص القانون على أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه . ولا محل هنا للاعذار لأن الإعذار لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكناً ، ولأن التنفيذ لم يعد ممكناً لا يكون هناك خيار للدائن بين التنفيذ والفسخ — وقد رأينا أن هذا الخيار يثبت للدائن فى جميع صور الفسخ القضائى والاتفاق — ولا يبقى ممكناً إلا فسخ العقد . كذلك لا ضرورة لحكم قضائى بالفسخ ، فالعقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحكم القانون كما قررنا . وإذا التجأ الدائن للقضاء فإنما يكون ذلك ليتقرر أن استحالة التنفيذ بسبب أجنبى أمر محقق — فقد يقوم نزاع فى ذلك — وأن العقد قد انفسخ ، فالحكم هنا يقرر الفسخ لا ينشئه ، على النحو الذى رأيناه فى بعض صور الفسخ الاتفاقى[1] .

= أما بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل خشية التلف فهو إجراء وقتى قصد به صيانة المبيع من الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ، ونقل النزاع الذى كان دائراً حول عين معينة إلى بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذى سينصرف إليه أثر عقد البيع (نقض مدنى ٢١/٢/١٩٥٧ — مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

وانظر أيضاً حكم محكمة استئناف القاهرة فى ٢١/١١/١٩٦١ (المجموعة الرسمية (٦٠) رقم ٢١ ص ١٥٩) حيث قضى بأن سرقة أخشاب من مخازن الملتزم بتوريد أخشاب ، لا تصلح سبباً لاحتجاجه بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه لأن الالتزام ، فى هذه الحالة ، ينصب على أشياء مثلية يقوم بعضها فى الوفاء مقام البعض ، ولا تعد السرقة عندئذ قوة قاهرة أو سبباً أجنبياً ينقضى به الالتزام] .

(١) هذا وقد تكون استحالة تنفيذ الالتزام قائمة قبل نشوئه أو تكون قد جدت بعد ذلك ، فإن كانت قائمة قبل نشوئه وكانت استحالة مطلقة ، كان العقد باطلا لاستحالة المحل . أما إذا كانت الاستحالة نسبية ، سواء كانت قائمة قبل نشوء الالتزام أو جدت بعده ، وكذلك إذا كانت مطلقة ولكنها لم توجد إلا بعد نشوء الالتزام ، فإن العقد ينشأ صحيحاً ثم ينفسخ .

والمراد بالالتزام الذى استحال تنفيذه هو الالتزام الأساسى الناشىء من العقد ، دون الالتزام الثانوى أو التبعى . فالتزام البائع الأساسى هو نقل الملكية والتسليم ، والتزام المشترى الأساسى هو دفع الثمن . كذلك يعتبر التزاماً أساسياً فى عقد الإيجار التزام المؤجر بتسليم العين والتزامه بتمكين المستأجر من الانتفاع ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة والتزامه بالمحافظة على العين .

٤٩٠ — **مبدأ تحمل التبعة** : فإذا انفسخ العقد بحكم القانون، كانت التبعة فى انقضاء الالتزام الذى استحال تنفيذه واقعة على المدين بهذا الالتزام . فهو لا يد له فى استحالة التنفيذ لأن الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى . ومع ذلك لا يستطيع أن يطالب الدائن بتنفيذ الالتزام المقابل . فالخسارة فى نهاية الأمر تقع عليه وهو الذى يتحملها ، وهذا هو مبدأ تحمل التبعة فى العقد الملزم للجانبين(١) .

ويرجع هذا إلى فكرة الارتباط ما بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين ، وهى الفكرة التى انبنى عليها انفساخ العقد(٢) . ولو أن العقد كان ملزماً لجانب واحد ، كالوديعة غير المأجورة ، واستحال تنفيذ التزام المودع عنده لسبب أجنبى ، بأن هلك الشىء فى يده بقوة قاهرة فاستحال عليه رده إلى المودع ، فإن الذى يتحمل التبعة هو الدائن لا المدين . والسبب فى ذلك واضح ، إذ الدائن — وهو هنا المودع — ليس فى ذمته التزام يتحلل منه فى مقابل تحلل المدين — وهو هنا المودع عنده — من التزامه ، فالدائن هو الذى يتحمل الخسارة فى آخر الأمر من جراء استحالة تنفيذ التزام المدين ، وهو الذى يتحمل تبعة هذه الاستحالة .

فيمكن القول إذن بوجه عام إن المدين هو الذى يتحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين ، والدائن هو الذى يتحملها فى العقود الملزمة لجانب واحد(٣) .

---

(١) [انظر بحثاً فى تبعة الهلاك للدكتور سليمان مرقس (باللغة الفرنسية) فى مجلة القانون والاقتصاد — السنة السادسة (القسم الافرنجى) — ص ٣٢٧] — وانظر الدكتور عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام بند ٣٨١ ص ٤١٠ و ٤١١ والمراجع المشار إليها آنفاً فى هامش (١) صحيفة ٨٢٠ من هذا الكتاب] .

(٢) أنظر فى هذا المعنى رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر فى نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى القاهرة سنة ١٩٥٠ فقرة ٢٦ .

(٣) أنظر فى الموضوع رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر التى سبقت الإشارة إليها . — والقانون الفرنسى يجعل التبعة فى عقد البيع على الدائن لا على المدين ، فإذا هلك المبيع قبل تسليمه هلك على المشترى =

٤٩١ — الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد بحكم القانون : وإذا انفسخ العقد بحكم القانون ، ترتب على انفساخه من الأثر ما يترتب على فسخه بحكم القاضى أو بحكم الاتفاق كما سبق القول . فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد (م ١٦٠) . ولا محل للتعويض لأن المدين قد انقضى التزامه بقوة قاهرة .

وكل ما سبق أن قررناه فى هـذا الصدد ، فيما عدا التعويض ، من انحلال العقد بأثر رجعى ، ومن أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، ومن انعدام الأثر الرجعى بالنسبة إلى العقود الزمنية ، ينطبق هنا . فلا حاجة إلى التكرار [١] .

= لا على البائع ، فالهلاك يكون إذن على المالك (res perit domino) (أنظر م ١٦٢٤ من التقنين المدنى الفرنسى) . وكذلك فعل فى عقـد المقايضة (م ١٧٠٧) . ولـكنه عدل عن هذا الحـكم ، وجعل الهلاك على المدين ، إذا كان فى العقد شرط واقف وهلك الشىء قبل تحقق الشرط . كذلك جعل تبعة الهلاك فى عقد الشركة على المدين (م ١٨٦٧ فقرة أولى) — والقانون المصرى القديم كان فى مثل هذا الاضطراب ، فهو فى البيع يجعل تبعة الهلاك على المدين طبقاً للقاعدة العامة التى قدمناها فى تحمل التبعة (م ٢٩٧/٣٧١) ، وكذلك يجعل التبعة على المدين فى العقد المعلق على شرط واقف تمشياً مع هذه القاعدة العامة (م ١٠٦/١٦٠) . ولـكنه من جهة أخرى يجعل التبعـة على الدائن فى بيع المقدرات (م ٢٤١/٣٠٧) وفى عقد الشركة (م ٤٢٤/٥١٦) — انظر فى هذه المسألة نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٠ .

وقد تجنب التقنين المصرى الجديد هذا الاضطراب ، وجعل القاعدة العـامة التى تقضى بأن التبعة على المدين فى العقد الملزم للجانبين قاعدة مضطردة . فطبقها فى البيع ، سواء كان بيع عين معينة أو بيع مقدرات (م ٤٣٧) ، وطبقها فى عقد الشركة (م ٥١١) ، وطبقها فى العقد المعلق على شرط واقف ، بل إنه أنـكر على الشرط أثره الرجعى إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلا لسبب أجنبى (م ٢٧٠ فقرة ٢) وطبقها فى العقود غير الناقلة للملـكية ، كالإيجار (م ٥٦٩) والمقـاولة (م ٦٦٤ — ٦٦٥) .

(١) أنظر فى الأثر الذى يترتب على انفساخ العقد الزمنى رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٦٠ — ص ١٦٢ .

الفرع الثانى

الدفع بعدم تنفيذ العقد(*)

(أو الامتناع المشروع عن الوفاء بالعقد)

(Exceptio non admimpleti contractus)

٤٩٢ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٦١ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به »[1].

(*) بعض المراجع : كابيتان فى السبب فقرة ١٢١ وما بعدها — سالى فى الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٧١ وما بعدها — [ومقال له عن الامتناع عن الوفاء بسبب عدم تنفيذ العقد فى حوليات القانون التجارى سنة ١٨٩٢ و ١٨٩٣] — بنكاز (ملحق بودرى) ٥ ص ٥٧١ — ص ٦٨٠ — رينو (Raynaud) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — كاسان (Cassin) فى الدفع المستخلص من عدم التنفيذ فى العلاقات الملزمة للجانبين ، رسالة من باريس سنة ١٩١٤ — هوان (Houin) فى التمييز ما بين العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد ، رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء ، رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٥ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ — فقرة ٦٧٧ — [مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للمؤلف جـ ٦ ص ٢٥٢ وما بعدها] — حلمى بهجت بدوى فقرة ٣٤٣ — فقرة ٣٦٠ — [أحمد حشمت أبوستيت طبعة ١٩٥٤ فقرة ٣٩٠ — ٣٩٢ — أنور سلطان (المصادر طبعة ١٩٦٢) بند ٣٧٤ — ٣٨٥ — ص ٤٣١ وما بعدها — عبد المنعم الصدة بند ٣٨٢ وما بعده ص ٤١١ وما بعدها — بيدان جـ ٨ بند ٧٧٣ ص ٥٦٦ وما بعدها — دى باج جـ ٢ بند ٨٦٤ — ٨٧١ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٢٩٣ — ٢٩٥] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٢ من المشروع التمهيدى على النحو الآتى : « ١ – فى العقود الملزمة للجانبين يجوز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ، إلا إذا اختلف ميعاد الوفاء لكل من الالتزامين — ٢ — على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأنها تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق ، وأدخلت تعديلات لفظية على الفقرة الأولى بحيث أصبحت مطابقة للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقم المادة ١٦٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، =

ولم يشتمل التقنين المدنى القديم على نص مقابل لهذا النص ، ولكن قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد كانت مسلماً بها فى عهده فقهاً وقضاء ، وانطوت نصوصه على تطبيقات تشريعية لها (مثلا م ٢٧٤/٣٤٥ و م ٢٧٩/٣٥٠ و م ٣٣١/٤١١) .

٤٩٣ — *تاريخ القاعدة* : وتقوم قاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد على الاعتبار الآتى : إذا كان للدائن فى العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، فيتحلل الدائن بذلك من تنفيذ ما ترتب فى ذمته من التزام . فله من باب أولى ، بدلا من أن يتحلل من تنفيذ التزامه ، أن يقتصر على وقف تنفيذه حتى ينفذ المدين التزامه . والفكرة التى بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هى عين الفكرة التى بنى عليها فسخ العقد : الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة فى العقد للجانبين ، مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى[1] .

ولم يكن المبدأ معروفاً فى القانون الرومانى على النحو الذى عرف به فيما بعد . وإنما كان الرومان يقتصرون على إعطاء المدين الذى يطالبه الدائن بتنفيذ التزامه ، دون أن يقوم

= كما وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ١٦١ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٠ — ص ٣٣٥) .

ويقابل النص فى التقنينات العربية الأخرى : السورى م ١٦٢ (مطابق) — الليبى م ١٦٣ (مطابق) — العراقى م ٢٨٠ (موافق) — اللبنانى : لا مقابل .

(١) ويقول الفرنسيون تعبيراً عن هذا المعنى : « التنفيذ مثلا بمثل » (exécution trait pour trait) . ويترجمون بذلك عن تعبير ألمانى مشهور (Erfüllung, Zug um Zug) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فمن الأصول التى يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص . فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات فلا يجوز تفريعاً على ما تقدم أن يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل . وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد . وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتبس ما يجب أن يوفى به حتى يؤدى إليه ما هو مستحق له ، وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع إنما يوقف أحكام العقد لا أكثر . فالعقد لا يفسخ فى هذه الصورة ، ولا تنقضى الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق ، بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه . وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفع بعدم تنفيذ العقد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣) .

هو بما فى ذمته من التزام بمقتضى عقد ملزم للجانبين ، دفعاً بالغش (exception de dol) ولم يكن لهذا الدفع قوام ذاتى ، بل كان هو الدفع بالغش المعروف فى كل العقود المبنية على حسن النية . فلم يكن له اسم خاص ، ولم يطلق عليه اسم الدفع بعدم تنفيذ العقد (exceptio non adimpleti contrartus) إلا فى القانون الفرنسى القديم . فالاصطلاح لم يكن إذن رومانياً وإن كان لاتينياً . وقد وضعه المتأخرون من شراح القانون الرومانى (postglossateurs) فى العصور الوسطى بعد أن صاغوا القاعدة ونسبوها إلى القانون الرومانى[1] .

ولم يضع التقنين المدنى الفرنسى نصاً عاماً يقرر به القاعدة ، بل اقتصر على تطبيقات متفرقة للمبدأ . ونهج التقنين المدنى المصرى القديم على منواله كما قدمنا .

أما التقنينات الحديثة فقد صاغت المبدأ فى نص عام . فعل ذلك التقنين الألمانى (م ٣٢٠) ، وقانون الالتزامات السويسرى (م ٨٢) ، والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٤٨) . وسار التقنين المدنى المصرى الجديد على نهج التقنينات الحديثة فأورد النص الذى قدمناه ، كما صاغ نظرية الحبس فى نصوص عامة ستبحث فى مكانها[2] .

ونفصل قواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد متبعين الخطة التى اتبعناها عند الكلام فى الفسخ القضائى . فنبحث (١) متى يمكن التمسك بالدفع . (٢) كيف يكون التمسك به . (٣) ما يترتب على التمسك به من أثر .

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٦ . [وأنظر مارتى ورينو ج ٢ بند ٢٩٣ ودى باج ج ٢ — بند ٨٦٤] .

(٢) أنظر فى الدفع بعدم تنفيذ العقد فى الفقه الإسلامى رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء ص ٣٠٦ وما بعدها . [وانظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف ج ٦ ص ٢٥٢ وما بعدها — وقد سبقت الإشارة إليه] .

المبحث الأول

متى يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٤ — نطاق الدفع بعدم التنفيذ ونطاق الحق فى الحبس : جعل القانون الجديد الحق فى الحبس هو الأصل ، وجعل الدفع بعدم التنفيذ هو تطبيق هـذا الأصل فى دائرة العقود الملزمة للجانبين(١) .

فالأصل إذن هو الحق فى الحبس . قررته المادة ٢٤٦ مبدأ عاماً ، فجرت على الوجه الآتى :

« ١ — لكل من التزم بأداء شىء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، أو ما دام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا » .

« ٢ — ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشىء أو محرزه إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هـذا الشىء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئاً عن عمل غير مشروع » .

فالنص يفترض شخصين ، كل منهما دائن للآخر ومدين له ، والتزام كل منهما مترتب على التزام الآخر ومرتبط به . فيكون هذا الارتباط أساساً للحق فى الحبس . فمن حاز بعقد أو بغير عقد شيئاً مملوكاً للغير ، كالمودع عنـده والمستعير والمرتهن رهن حيازة والمغتصب والحائز بحسن نية ، وأنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، كان له أن يرجع بهذه المصروفات على الوجه الذى بينه القانون . ومن ثم يوجد حائز الشىء ومالكه ،

---

(١) أنظر فى التقنين المدنى القديم فى العلاقة ما بين الدفع بعدم التنفيذ باعتباره أصلا والحق فى الحبس يتفرع عن هـذا الأصل ، نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦٨ . [وانظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ٢٩٤ وبند ٢٩٥ — ورسالة كاسان السابق الإشارة إليها — ودى باج جـ ٢ بند ٨٧١] .

والحائز مدين للمالك برد الشيء ودائن له باسترداد المصروفات . والارتباط واضح ما بين الالتزام برد الشيء والالتزام باسترداد المصروفات . لذلك يجوز للحائز أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يتقاضى من المالك حقه . وهـذا هو الحق فى الحبس . وهو بهذا العموم يتسع ليدخل فى نطاقه الدفع بعدم تنفيذ العقـد . فالبائع مدين بتسليم المبيع ودائن بالثمن ، فمن حقه أن يحبس العين حتى يستوفى الثمن[١] . وهذا تطبيق للحق فى الحبس فى عقد ملزم للجانبين ، وهو فى الوقت ذاته تطبيق للدفع بعدم تنفيذ العقد[٢] .

ومن ثم يكون الدفع بعدم التنفيـذ فرعاً عن الحق فى الحبس . فحيث يطبق الحق فى الحبس فى نطاق العقد الملزم للجانبين كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ . فإذا خرج عن هذا النطاق عاد حقاً فى الحبس لا دفعاً بعدم تنفيذ العقـد . فالحبس للمصروفات الضرورية أو النافعة فى عقود العارية والوديعة ورهن الحيازة وفى غير عقد أصلا لا يكون دفعاً بعدم التنفيذ بل حقاً فى الحبس . وإذا زال العقد بسبب البطلان أو الفسخ أو بأى سبب آخر ، وتعين على كل من المتعاقدين أن يرد ما استولى عليه ، جاز لكل منهما أن يحبس ما أخذه

---

(١) [ومن حق المشترى حبس الثمن فى حالة حصول تعرض له من البائع سواء كان التعرض مادياً أو قانونياً حتى يمتنع التعرض وفقاً للمـادة ٤٥٧ مدنى (نقض مدنى ١٧/١٢/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٢٢ ص ٨١٠)] .

(٢) وإذا أغفلنا فكرة الارتباط ، واكتفينا بأن يكون هناك شخصان كل منهما مدين للآخر ، وأريد أن يكون لكل منهمـا الحق فى أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يقوم الآخر بتنفيذ ما عليه من التزام ، أمكن أن يتحقق هذا عملا بأحد طريقين : الطلبات الفرعية و حجز الدائن تحت يد نفسه .

هـذا ويمكن أن ندرك أيضاً ما يقوم من الارتباط الوثيق بين نظم قانونية أربعة : المقاصة والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . وهى نظم ترجع كلها إلى فكرة واحدة هى تقابل الالتزامات . فحيث يوجد شخصان كل منهما مدين للآخر ، يكون من العدل أن يستوفى كل منهما ماله من حق مما عليه من دين — وهذه هى المقاصة والفسخ — أو فى القليل يقف وفاء ما عليه من دين حتى يستوفى ماله من حق — وهذا هو الدفع بعـدم التنفيذ والحق فى الحبس . ومما يثبت أن هذه النظم القانونية مبنية على أساس واحد أن الرومان كانوا يعالجونها علاجاً واحـداً هو الدفع بالغش ، يستعملونه فى المقاصة والدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس . — والحق فى الحبس ، كالدفع بعدم التنفيذ ليس إلا دفعاً ، وقد أعطاه التقنين الجديد وصفه الحقيق ، وخلع عنه لباس الحق العينى الذى كان يرتديه فى عهد التقنين القديم فيشوه طبيعته (أنظر نظرية العقد للمؤلف ص ٧١٣ هامش رقم ١).

ما دام المتعاقد الآخر لم يرد إليه ما تسلمه منه أو يقدم ضماناً لهذا الرد . وهذا هو أيضاً حق فى الحبس لا دفع بعدم التنفيذ لأن العقد قد زال[1] .

فالدفع بعدم التنفيذ ، كالفسخ ، محصور إذن فى العقود الملزمة للجانبين[2] . وقد صرحت بذلك المادة ١٦١ التى تقدم ذكرها[3] .

---

(١) وقد كان هذا الحكم منصوصا عليه فى المادة ٢٢٤ من المشروع التمهيدى ، وقد حذفتها لجنة المراجعة لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة فى الحق فى الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية) — ٢ ص ٣٣١ فى الهامش) . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٧٩ فى الهامش) — [وقد قضت محكمة النقض بأن للمشترى حق حبس العين المحكوم بفسخ البيع الصادر له عنها حتى يوفى إليه الثمن السابق له دفعه تأسيساً على أن التزامه بتسليم العين بعد الحكم بفسخ البيع يقابله التزام البائع برد ما دفعه إليه من الثمن فما دام هذا الأخير لم يقم بالتزامه بالرد كان للمشترى أن يحبس العين ويمتنع عن تسليمها : نقض مدنى ٤/١/١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤] .

(٢) وحتى فى نطاق العقد الملزم للجانبين يكون مجال إثارة الدفع بعدم التنفيذ مقصوراً على ما تقابل من التزامات طرفى العقد ومناط ذلك إرادتهما ، وهو ما لمحكمة الموضوع حق استظهاره . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن المدعى عليه قد اشترى قطعة أرض تجاور ملك المدعى ، فأظهر هذا الأخير رغبته فى أخذ هذه الأرض بالشفعة ولكن إجراءاتها لم تتم لاتفاق عقد بين الطرفين تنازل المدعى بمقتضاه عن السير فى دعوى الشفعة كما دفع مبلغاً من المال إلى المدعى عليه وذلك فى مقابل إنشاء حق ارتفاق على عقاره لمصلحة عقار المدعى وهو عدم التعلية لأكثر من ارتفاع معين ، كما ورد فى الاتفاق أن المدعى قد تعهد بترك مترين بطول ملكه ليكون ما يتركه المدعى عليه فضاء أو حديقه لمنفعة العقارين المتجاورين ، وكانت المحكمة قد استخلصت من عبارات الاتفاق ونصوصه أن التزام المدعى بدفع المال والتنازل عن طلب الشفعة هو مقابل التزام المدعى عليه بترك جزء فضاء من ملكه وعدم قيامه بتعلية بناء عمارته لأكثر من الارتفاع الوارد بالاتفاق ، وأن المدعى قد وفى بالتزامه بدفع المبلغ والتنازل عن الشفعة ، وأنه كان على المدعى عليه أن ينفذ التزامه بعدم تعلية البناء لأكثر من الارتفاع المتفق عليه ، وأنه لا يجوز له التحدى بقيام المدعى بالبناء فى الأرض التى تعهد بتركها فضاء لأن هذا الالتزام مستقل عن الالتزامات المتقابلة التى يرتبها العاقدان ، ولا مجال للتعرض لهذا الالتزام أو البحث فى الإخلال به لأن محله هو التداعى استقلالا ، وكان هذا الذى استخلصته المحكمة هو استخلاص سائغ تحتمله نصوص العقد وتفيده عباراته ، فإنه يكون فى غير محله تذرع المدعى عليه بالدفع بعدم التنفيذ فى مقام الرد على دعوى المدعى إذا هو طالبه باحترام التزامه بعدم التعلية (نقض مدنى ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٦ ص ٩٦٩) .

[وانظر فى نفس المعنى استئناف القاهرة ٢١/١١/١٩٦١ — المجموعة الرسمية السنة ٦٠ رقم ١٩ ص ١٤٢]

(٣) قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٢ فقرة ١ و ص ٣٣٤ فقرة ٤) . وانظر فى هذا المعنى الدكتور حلمى بهجت بدوى فقرة ٣٥٩ — فقرة ٣٦٠ — ورسالة الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ٨٠ وفقرة ٩٧ — وانظر =

٤٩٥ — الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه يجب أن يكون واجب التنفيذ حالا : ولا يكفى أن يكون هناك عقد ملزم للجانبين ، بل يجب أيضاً أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالا[1] .

فالدفع بعدم تنفيذ التزام طبيعى — كما إذا سقط بالتقادم أحد الالتزامين المتقابلين فى عقد ملزم للجانبين — لا يجوز ، لأن فى هذا إجباراً بطريق غير مباشر على تنفيـذ التزام طبيعى غير واجب التنفيذ .

كذلك لا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام مدنى غير حال . فالبائع لا يستطيع أن يحبس العين لعدم استيفاء الثمن إذا كان الثمن مؤجلا ، إلا إذا كان الأجل قد سقط طبقاً لأحكام

= أيضاً فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٣ .

هذا وقد ورد التقنين المدنى الجديد تطبيقات جزئية متفرقة لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ ، نذكر منها المواد ٤٥٧ و ٤٥٩ و ٦٠٥ .

والفقرة الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ تقضيان بأنه « ٢ — إذا تعرض أحد للمشترى مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشترى ، جاز له ما لم يمنعه شرط فى العقد أن يحبس الثمن حتى ينقطع التعرض او يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع فى هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلا . ٣ — ويسرى حكم الفقرة الســابقة فى حالة ما إذا كشف المشترى عيبا فى المبيع » .

وتنص المادة ٤٥٩ على أنه : « ١ — إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع فى الحال ، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ماهو مستحق له ولو قدم المشترى رهناً أو كفالة . هذا ما لم يمنح البائع المشترى أجلا بعد البيع . ٢ — وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل المشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشترى فى الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ » .

وتنص المادة ٦٠٥ على أنه : « ١ — لا يجوز لمن انتقلت إليه ملكية العين المؤجــرة ولم يكن الإيجار نافذاً فى حقه أن يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد التنبيه عليه بذلك فى المواعيد المبينة فى المادة ٥٦٣ ٢ — فإذا نبه على المستأجر بالإخلاء قبل انقضاء الإيجار ، فإن المؤجر يلتزم بأن يدفع للمستأجر تعويضاً ما لم يتفق على غير ذلك ، ولا يجبر المستأجر على الإخلاء إلا بعد أن يتقاضى التعويض من المؤجر أو ممن انتقلت إليه الملكية نيابة عن المؤجر ، أو بعد أن يحصل على تأمين كاف للوفاء بهذا التعويض » . والجديد فى هذا النص الأخير أنه يجعل المستأجر وهو دائن بالتعويض للمؤجر يحبس العين على المالك ، أو قل إن حق الحبس قبل المؤجر ينفذ فى حق المالك .

(١) [انظر أنور سلطان بند ٣٨١ ص ٤٣٥ وعبد المنعم الصدة بند ٢٨٥ ص ٤١٣] .

المادة ٢٧٣ (انظر المادة ٤٥٩) . ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضى قد منح المدين نظرة الميسرة (délai de grâce) . فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشترى حتى ولو منح القاضى للمشترى أجلا لدفع الثمن ، ولا يمتنع الحبس إلا إذا كان الأجل ثابتاً باتفاق الطرفين[1] . أما إذا كان العقد يوجب على أحد المتعاقدين أن يبدأ بتنفيذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق له أن ينتفع من هذا الدفع إذ يتعين عليه أن يفى بما التزم به دون أن ينتظر وفاء المتعاقد الآخر[2] .

---

(١) ولا يكفى أن يكون العقد ملزماً للجانبين وأن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه التزاماً واجب التنفيذ حالا ، بل يجب إلى جانب ذلك ألا يساء استعمال الدفع . فلا يجوز لمتعاقد أن يتمسك بالدفع إذا كان هو البادىء بعدم تنفيذه ، أو إذا تسبب فى عدم تنفيذ الالتزام الآخر . كذلك لا يجوز التمسك بالدفع إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بمعظم التزامه ولم يبق إلا جزء يسير لا يبرر امتناع المتعاقد الأول عن القيام بالتزامه . وكل ما يحق للمتعاقد الأول أن يفعله هو أن يبقى دون تنفيذ جزءاً من التزامه يقابل الجزء غير المنفذ من التزام المتعاقد الآخر بفرض أن الالتزام الأول قابل للتجزئة . كذلك لا يجوز أن يمتنع المشترى عن دفع الثمن بحجة أن هناك خطراً يتهدد العين إذا كان هذا الخطر ليس بجدى ، ولا أن يمتنع المستأجر عن دفع الأجرة بحجة أنه يطالب المؤجر بترميمات ينكرها عليه .

[انظر بيدان ج ٨ بند ٧٧٤ ص ٥٧١ — أنور سلطان بند ٣٨٢ ص ٤٣٦ — عبد المنعم الصده بند ٣٨٦ ص ٤١٣ — ٤١٤] .

وقد كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يجرى على الوجه الآتى : « على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توافره من حسن النية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١) . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ومهما يكن من شىء فليس يباح للعاقد أن يسىء استعمال هذا الدفع . فلا يجوز له أن يتمسك به ليمتنع عن تنفيذ التزامه إذا كان الالتزام المقابل كاد أن يكمل نفاذه ، وأصبح ما لم ينفذ منه ضئيلا لدرجة لا تبرر اتخاذ هذا الإجراء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣) . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة لأنه مجرد تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٤) — أنظر فى هذه المسألة رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٧٤ — وانظر فى أحوال يسقط فيها الدفع بعدم التنفيذ : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧٠ .

(٢) وقد كان هناك نص فى المشروع التمهيدى يجيز حتى فى هذه الحالة أن يمتنع المتعاقد (المكلف بالتنفيذ أولا) عن التنفيذ إذا أصاب المتعاقد الآخر نقص فى ماله بعد إبرام العقد ، فكانت المادة ٢٢٣ من هذا المشروع تجرى على النحو الآتى : « فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا أصاب أحد المتعاقدين نقص فى ماله بعد إبرام العقد ، أو إذا طرأ على مركزه المالى ما يخشى معه أن يكون عاجزاً عن تنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر إذا كان هو المكلف بتنفيذ العقد أولا ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الأول =

المبحث الثانى

كيف يمكن التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد

٤٩٦ — *عدم ضرورة الإعذار* : لايحتاج المتمسك بالدفع إلى إعذار المتعاقد الآخر قبل أن يتمسك بالدفع ، وهذا بخلاف المطالبة بفسخ العقد فإن الإعذار قبلها واجب على التفصيل الذى بيناه فيما تقدم . على أن التمسك بالدفع معناه امتناع المتمسك عن تنفيذ التزامه ، وفى هذا إعذار كاف للمتعاقد الآخر بوجوب تنفيذ الالتزام الذى فى ذمته[1] . وقد يكون الإعذار واجباً لا للتمسك بالدفع ، بل لتوليد الالتزام الذى يخول عدم تنفيذه حق التمسك بالدفع ، كما إذا كان هذا الالتزام هو التزام بتعويض عن التأخر لا ينشأ إلا بالإعذار طبقاً للقواعد العامة .

= بتنفيذ ما تعهد به أو يعطى ضماناً كافياً لهذا التنفيذ . فإذا لم يتم التنفيذ أو يعط الضمان فى وقت مناسب جازت المطالبة بفسخ العقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ فى الهامش) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ومع ذلك فقد أجيز له (أى المتعاقد المكلف بالتنفيذ أولا) استثناء أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم العاقد الآخر بوفاء ما تعهد به أو يقدم ضماناً كافياً لهذا الوفاء ، إذا أصاب هذا العاقد بعدم إبرام العقد نقص فى ماله من شأنه أن يؤثر فى يساره أو طرأ عليه من الضيق ما قد يقعد به عن تنفيذ ما التزم به . وينبغى التحرز من اعتبار هذا الاستثناء مجرد تطبيق للمادة ٣٩٦ من المشروع ، وهى التى تناولت سرد مسقطات الأجل وحصرتها فى الإعسار أو الإفلاس وضعف التأمينات الخاصة والامتناع عن تقديم ما وعد بتقديمه منها . فالحالة التى يسرى عليها حكم الاستثناء أقل جسامة من ذلك ، فهى تفترض نقصاً بليغاً فى مال العاقد ، ولكنه نقص لا يستتبع الإفلاس أو الإعسار ، ومن ثم أنزلت هذه الحالة منزلة الاستثناء ، فلو لم تكن لها هذه الخصوصيات لانتهى أمرها إلى إسقاط الأجل ، وبذلك يحل الوفاء بالالتزامات المتقابلة جميعاً وينبغى تنفيذها فى آن واحد نزولا على أحكام القواعد العامة . فإذا لم يقم المتعاقد الذى استهدف مركزه للخطر بالوفاء بما التزم به أو بتقديم ضمان كاف فى مدة معقولة ، كان للمتعاقد معه ألا يقتصر على إيقاف العقد ، بل له أن يجاوز ذلك إلى طلب الفسخ . ويعتبر هذا الحكم استثناء من القواعد العامة فى الفسخ أيضاً لأن الالتزام الذى تخلف العاقد عن الوفاء به لم يصبح مستحق الأداء » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٣ — ص ٣٣٤) — ولكن هذا النص فى المشروع التمهيدى حذفته لجنة المراجعة فى المشروع النهائى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣١ فى الهامش) . ولما كان نصاً استثنائياً فلا مجال لتطبيقه بعد حذفه (انظر فى هذا الموضوع رسالة الدكتور صلاح الدين الناهى فى الامتناع المشروع عن الوفاء فقرة ١٦٦ فقرة ١٦٧) .

(١) أنظر استئناف مختلط فى ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ .

٤٩٧ — ترك الأمر إلى تقدير المتمسك بالدفع تحت رقابة القضاء : ويترك الدفع بعدم التنفيذ لتقدير المتعاقد الذى يتمسك به ، وذلك بخلاف الفسخ فقد تقدم أنه موكول لتقدير القضاء . ذلك أن الدفع بعدم التنفيذ أقل خطراً من الفسخ ، فهو لا يحل العقد ، بل يقتصر على وقف تنفيذه .

على أن الدفع بعدم التنفيذ قد يكون مرده فى آخر الأمر إلى القضاء . ذلك أنه إذا تمسك أحد الطرفين بالدفع وامتنع عن تنفيذ التزامه ، فإن الطرف الآخر يستطيع أن يرفع الأمر إلى القضاء ، وللقاضى تقدير موقف من يتمسك بالدفع فيقره أو لا يقره . ويتبين من ذلك أنه إذا لم يلجأ المتمسك بالدفع إلى القضاء منذ البداية ، فذلك يرجع فى الواقع إلى أنه يتمسك بدفع لا بدعوى ، وطبيعة الدفع تجعل المتمسك به فى غير حاجة إلى رفع دعوى ، بل هو الذى ترفع عليه الدعوى فيتمسك عند ذلك بالدفع .

فالتمسك بالدفع يمر إذن على دورين : الدور الأول وهو دور غير قضائى يمتنع فيه المتمسك بالدفع عن تنفيذ التزامه ، وهذا مجرد امتناع لا يحتاج فيه إلى عمل إيجابى . والدور الثانى وهو الدور القضائى لا يتحقق إلا إذا رفع المتعاقد الآخر دعوى يطلب فيها تنفيذ التزام المتعاقد الأول . فى هذا الدور تتحقق رقابة القضاء . فإذا أقر القاضى المتمسك بالدفع على دفعه ، فإن هذا لا يمنعه من الحكم عليه بالتنفيذ ، ولكن يقرن الحكم بشرط هو أن يقوم المدعى بتنفيذ التزامه فى الوقت ذاته . وقد يأخذ الدفع صورة إشكال فى التنفيذ إذا ما أراد المحكوم له تنفيذ الحكم قبل أن يقوم بتنفيذ التزامه .

٤٩٨ — تمسك كل من المتعاقدين بالدفع : وقد يتمسك كل من المتعاقدين بالدفع ويمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم المتعاقد الآخر بالتنفيذ . فإذا رفع أحدهما دعوى على الآخر يطالبه بالتنفيذ ، حكم القاضى على المدعى عليه بأن ينفذ التزامه بشرط أن يقوم المدعى من جانبه بتنفيذ التزامه .

وتجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من

المتعاقدين[1]. فإذا تبين القاضي أن أحد المتعاقدين متعنت . فإن كان المدعى رفض دعواه[2] ، وإن كان المدعى عليه حكم عليه بالتنفيذ دون شرط . أما إذا كان كل من المتعاقدين متعنتاً ، أو ظهر ألا أحد منهما متعنت ولكن لا يثق أحدهما بالآخر ، ولم يلجأ أحد لإجراءات العرض الحقيقي ، لم يبق للخلاص من هذا الموقف إلا أن يحكم القاضي بأن يودع كل من المتعاقدين ما التزم به في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص ثالث ، وفي هذا ما يجعلهما ينفذان التزاميهما في وقت واحد .

المبحث الثالث

ما يترتب من الأثر على الدفع بعدم تنفيذ العقد

(ا) فيما بين المتعاقدين :

٤٩٩ — وقف التنفيذ في غير الالتزام بتسليم عين : إذا توافرت شروط الدفع بعدم التنفيذ ، فإن المتمسك بالدفع لا يجبر على تنفيذ التزامه ، بل يبقى هذا الالتزام موقوفاً ، دون أن يزول كما في الفسخ .

فإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بنقل حق عيني ، كالتزام البائع بنقل الملكية ، كان للبائع أن يمتنع عن مساعدة المشتري في تسجيل العقد حتى لا تنتقل الملكية إليه . وإذا كان التزاماً بعمل ، كالتزام المقاول بإقامة مبنى ، كان للمقاول أن يتوقف عن أعمال

---

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (مجموع الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٢٣ فقرة ٢ — وانظر آنفاً فقرة ٤٩٥ في الهامش) .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأنه ما دامت المحكمة قد اعتبرت أن التقصير جاء من جانب المشتري دون البائع فلا يحق للمشتري قانوناً أن يتحدى بعدم قيام البائع بتنفيذ ما التزم به وليس ثمة بعد ذلك ما يحول دون القضاء للبائع بالفسخ (نقض مدني ١٩٥١/٣/٨ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٨ ص ٤٢٣) — كما قضت بأن المتعاقد الذي أخل بالتزامه عمداً وقصر في الوفاء به وجحد تعهده وأعرب في جلاء ووضوح عن نيته في عدم الوفاء عيناً ، لا يقبل منه الدفع بعدم تنفيذ الالتزام المقابل لالتزامه هو ، والذي أصر على عدم الوفاء به (نقض مدني ١٩٥٨/١٢/٤ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٩١ ص ٧٠٣)] .

البناء . وإذا كان التزاماً بامتناع عن عمل كتعهد تاجر بالكف عن مباشرة التجارة فى حى معين منعاً للمزاحمة ، كان للتاجر أن يستمر فى مباشرة التجارة فى هذا الحى .

ويلاحظ فى الالتزام بالامتناع عن عمل أن هناك أحوالا لا يتصور فيها وقف الالتزام ، كما إذا تعهد ممثل أو مغن أن يمتنع عن إحياء حفلة معينة لقاء مبلغ من المال . فإذا تأخر المدين عن دفع هذا المال ، فإنه لا يسع الدائن إلا خرق هذا الالتزام فيحيي الحفلة إذا استطاع ذلك ، ويكون هذا فسخاً للعقد لا وقفاً له ، لأن طبيعة الالتزام لا تتحمل الوقف . وهذا الحكم ينطبق أيضاً فى الالتزام بعمل إذا كان القيام بهذا العمل واجباً فى وقت معين وإلا فات الغرض المقصود منه ، كما إذا تعهد صانع بإنجاز مصنوعات لعرضها فى معرض عام يقام فى وقت معين ، فإذا وقف الصانع تنفيذ التزامه إلى أن يفوت ميعاد العرض لأنه لم يستوف أجره ، كان هذا بمثابة الفسخ .

٥٠٠ — *وقف التنفيذ فى الالتزام بتسليم عين* : وإذا كان الالتزام الموقوف هو التزام بتسليم عين ، حبس المتمسك بالدفع العين حتى يستوفى حقه من المتعاقد الآخر . مثل ذلك البائع لا يسلم العين المبيعة حتى يستوفى الثمن . وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق فى الحبس . وقد قضت المادة ٢٤٧ بما يأتى : « ١ — مجرد الحق فى حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه . ٢ — وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته . ٣ — وإذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء فى بيعه وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى المادة ١١١٩ ، وينتقل الحق فى الحبس من الشيء إلى ثمنه » . هذا ويتحمل المالك تبعة التلف أو الهلاك بسبب أجنبى ، وقد نصت المادة ٤٦٠ على أنه « إذا هلك المبيع فى يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشترى ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » . وإذا أنفق الحابس مصروفات ضرورية أو نافعة استردها طبقاً لأحكام المواد ٩٨٠—٩٨٢

ويبقى الحق فى الحبس حتى لو قام المتعاقد الآخر بتنفيذ جزء من التزامه ، وهذا ما يعبر

عنه بأن الحق فى الحبس لا يقبـــل التجزئة . ومع ذلك يجب ألا يتعسف من له الحق فى الحبس فيستمر حابساً للعين إذا كان الجزء الباقى من الالتزام دون تنفيذ من التفاهة بحيث لا يبرر استمرار الحبس ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وينقضى الحق فى الحبس إذا قام المتعاقد الآخر بالتزامه أو إذا خرج الشىء من حيازة الحابس باختياره .

وقد قضت المادة ٢٤٨ بما يأتى : « ١ — ينقضى الحق فى الحبس بخروج الشىء من يد حائزه أو محرزه . ٢ — ومع ذلك يجوز لحابس الشىء ، إذا خرج الشى من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى علم فيه بخروج الشىء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » .

٥٠١ — وقف التنفيذ فى العقود الزمنية : وليس هناك ما يمنع من التمسك بالدفع بعدم تنفيذ العقد فى العقود الزمنية . فيجوز للمستأجر أن يمتنع عن دفع الأجرة عن المدة التى حرم فيها الانتفاع بالعين المؤجرة (أنظر م ٥٦٥ وم ٥٦٨ وم ٥٦٩ وم ٥٧٠ وم ٥٧٢ الخ) . وكل وقف فى تنفيذ التزام المؤجر يحدث نقصاً فى مقدار هذا الالتزام . فإذا تأخر المستأجر فى دفع الأجرة ، فتمسك المؤجر بالدفع بعـدم التنفيذ ومنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة من الزمان ، اعتبر المؤجر أنه لم ينفذ نهائياً — لا مؤقتاً — التزامه فى حدود المدة التى منع فيها المستأجر من الانتفاع ، فينقص التزامه بهذا المقدار ، ولا يمتد عقد الإيجار مدة تقابل المدة التى وقف فيها المؤجر تنفيذ العقد[1].

(ب) بالنسبة إلى الغير :

٥٠٢ — متى يسرى الدفع فى حق الغير : يسرى الدفع فى حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بعد ثبوت الحق فى التمسك بالدفع . مثل ذلك أن يتأخر المشترى عن دفع الثمن ، فيتمسك البائع بالدفع ويحبس العين المبيعة . فكل من كسب حقاً من المشترى

(١) أنظر فى هذا الموضوع رسالة الدكتور عبد الحى حجازى فى عقد المدة ص ١٦٦ — ص ١٧٧ . [والدكتور عبد المنعم الصدة : المصادر بند ٣٨٨ ص ٤١٥] .

على العين المبيعة بعد التمسك بالدفع يسرى فى حقه الدفع . فإذا باع المشترى العين إلى مشتر ثان أو رهنها لدائن مرتهن ، جاز للبائع أن يبقى حابساً للعين فى مواجهة المشترى الثانى أو الدائن المرتهن[1] .

ويمكن تعليل ذلك بأن المشترى لم ينقل إلى خلفه حقوقاً أكثر مما له ، وقد كانت حقوقه خاضعة لحق البائع فى حبس العين ، فتنتقل هذه الحقوق إلى الخلف خاضعة لهذا الحق . ولا يستطيع المشترى أن ينقل حقاً لا يملكه ، وفاقد الشىء لا يعطيه . وهذا هو المبدأ الذى قررناه فى انتقال الالتزام إلى الخلف الخاص .

٥٠٣ — متى لا يسرى الدفع فى حق الغير : ولا يسرى الدفع فى حق الغير إذا كان هذا الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق فى التمسك بالدفع . فإذا فرض أن شخصاً ، بعد أن رهن منزله رهناً رسمياً ، سلمه إلى مستأجر بعقد إيجار غير ثابت التاريخ ، ثم باعه ، وأراد المشترى تسلم المنزل قبل انتهاء عقد الإيجار ، فإن للمستأجر أن يرجع بالتعويض على المؤجر وأن يحبس العين فى مواجهة المشترى (م ٦٠٥ فقرة ٢) ، ولكن حقه فى الحبس لا يسرى فى مواجهة الدائن المرتهن لأن حق الرهن قد ثبت قبل ثبوت الحق فى الحبس[2] .

---

(١) أنظر أيضاً المادة ٦٠٥ فقرة ٢ فى تمسك المستأجر بحبس العين المؤجرة فى مواجهة من انتقلت إليه ملكيتها . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر آنفاً فقرة ٤٩٣ فى الهامش) .

(٢) انظر فى هذا الموضوع : نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧٧ .

[وانظر فى آثار الدفع بعدم التنفيذ : دى باج جـ ٢ بند ٨٦٩ — وفى أثره بين المتعاقدين : بيدان جـ ٨ بند ٧٧٥ ص ٥٧٢ — أنور سلطان بند ٣٨٣ ص ٤٣٧ — عبد المنعم الصدة بند ٣٨٨ — وفى أثره بالنسبة للغير : بيدان جـ ٨ بند ٧٧٦ ص ٥٧٢ — أنور سلطان بند ٣٨٤ ص ٤٣٨ — عبد المنعم الصدة بند ٣٨٨ ص ٤١٥ — ٤١٦ وهامشها — وسليمان مرقس فى أحكام الالتزام بند ٢٣١ — وعبد الفتاح عبد الباقى فى أحكام الالتزام بند ١٢٩ ص ٢٢٤ وما بعدها — وفى التأمينات بند ١٦٦ — واسماعيل غانم فى أحكام الالتزام (طبعة ١٩٥٦) ص ٢٧٧ بند ١٣٥ والمراجع التى أشار إليها .

وانظر فى انقضاء الدفع بعدم التنفيذ : بيدان جـ ٨ بند ٧٧٧ ص ٥٧٣ — وأنور سلطان بند ٣٨٥ ص ٤٣٨] .

الباب الثانى

العمل غير المشروع

(المسئولية التقصيرية)

L'ACTE ILLICITE

(La responsabilité délictuelle)

تمهيد (*)

٥٠٤ — **مسائل أربع :** نمهد للكلام فى العمل غير المشروع ، أو المسئولية التقصيرية ، بوضع هذه المسئولية فى مكانها بالنسبة إلى غيرها من أنواع المسئولية ، وتحديد دائرتها فى وسط دوائر أوسع منها للمسئولية الأدبية والمسئولية الجنائية والمسئولية المدنية .

فنتكلم فى مسائل أربع : (١) التمييز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية (٢) وفى المسئولية القانونية التمييز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية (٣) وفى المسئولية المدنية التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية (٤) وفى المسئولية التقصيرية تطور هذه المسئولية .

* * *

(*) بعض المراجع العامة فى المسئولية المدنية : هنرى وليون مازو فى المسئولية المدنية ثلاثة أجزاء (الطبعة الخامسة بمعاونة الأستاذ أندريه تونك سنة ١٩٥٧ — سنة ١٩٦٠ — ويتضمن الجزء الثالث من هذه الطبعة بياناً مستفيضاً بالمراجع فى هذا الموضوع — من ص ٩٩٠ إلى ص ١٠٤٤) — رينيه سافاتييه فى المسئولية — جزءان (الطبعة الثانية سنة ١٩٥١) — لالو (Lalou) فى المسئولية المدنية (الطبعة الخامسة سنة ١٩٥٥ — وملحقها فى سنة ١٩٦١) — ديموج فى الالتزامات (الأجزاء الثالث والرابع والخامس) — مطول بيدان — الطبعة الثانية — الجزء التاسع مكرر — سنة ١٩٥٢ — بمعاونة روديير — مطول بلانيول وريبير ج ٦ بمعاونة بول إسمان — الطبعة الثانية (سنة ١٩٥٢) — جاردينا وريتشى (Gardenat et Ricci) فى المسئولية المدنية — سوردا (Sourdat) فى النظرية العامة للمسئولية (جزءان) — شيرونى (Chironi) فى المسئولية غير العقدية — هوبير (Houber) فى شروط المسئولية التقصيرية فى القانون الألمانى — رسالة من نانسى سنة ١٩٤٠ — ستارك (Starck) محاولة لوضع نظرية جديدة فى المسئولية المدنية — رسالة من باريس ١٩٤٧ — دليانيس (Deliyannis) — فكرة العمل غير المشروع منظوراً إليه كعنصر فى الخطأ التقصيرى — رسالة من باريس سنة ١٩٥١ — الأستاذ مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية — الدكتور سليمان مرقس نظرية دفع المسئولية المدنية (رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦) — الفعل الضار سنة ١٩٥٦ — مصادر الالتزام (١٩٦٠) — دروس الدكتوراه فى المسئولية المدنية ١٩٦٠ — ١٩٦١ . وبحوثه وتعليقاته المختلفة فى مجلة القانون والاقتصاد — الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للمؤلف — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام طبعة ١٩٥٤ — الدكتور عبد الحى حجازى موجز النظرية العامة للالتزام (المصادر غير الإرادية) سنة ١٩٦٣ — الدكتور محمد كامل مرسى فى المصادر غير العقدية — الدكتور أنور سلطان فى مصادر الالتزام — الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فى مصادر الالتزام — الأستاذ حسين عامر فى المدنية التقصيرية والعقدية .

§ ١ — التميز بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية
(Distinction entre la responsabilité morale et la responsabilité légale)

٥٠٥ — الفروق ما بين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية : المسئولية الأدبية لا تدخل فى دائرة القانون ، ولا يترتب عليها جزاء قانونى . وأمرها موكول إلى الضمير . أما المسئولية القانونية فتدخل فى دائرة القانون ، ويترتب عليها جزاء قانونى[1] .

وأهم الفروق ما بين هذين النوعين من المسئولية ثلاثة :

(١) المسئولية الأدبية تقوم على أساس ذاتى محض ، فهى مسئولية أمام الله أو مسئولية أمام الضمير . أما المسئولية القانونية فيدخلها عنصر موضوعى ، وهى مسئولية شخص أمام شخص آخر .

(٢) ومن ثم تتحقق المسئولية الأدبية حتى لو لم يوجد ضرر ، أو وجد ولكنه نزل بالمسئول نفسه فيكون هو المسئول والمضرور فى وقت واحد ، بل إن هواجس النفس وخلجات الضمير قد تحقق المسئولية الأدبية ، ولو لم يكن لها مظهر خارجى . أما المسئولية القانونية فلا تتحقق إلا إذا وجد ضرر ، وأحاق هذا الضرر بشخص آخر غير المسئول .

(٣) وينبنى على ذلك أن المسئولية الأدبية أوسع نطاقاً من المسئولية القانونية ، فهى تتصل بعلاقة الإنسان بربه ، وبعلاقته بنفسه ، وبعلاقته بغيره من الناس أما المسئولية القانونية فلا تتصل إلا بعلاقة الإنسان بغيره من الناس .

وإذا تركنا المسئولية الأدبية ووقفنا عند المسئولية القانونية ، نراها نوعين : مسئولية جنائية ومسئولية مدنية .

---

(١) [انظر فى التميز مابين المسئولية الأدبية والمسئولية القانونية وما بينهما من روابط : مارتى ورينو جـ ١ بند ٣٧ — جـ ٢ بند ٣٥٧ ص ٣٢٤ — ريبير : القاعدة الخلقية بند ١١٢ — رابو (Rabut) فكرة الخطأ فى القانون الخاص (رسالة من باريس سنة ١٩٤٨) ص ١٣١ وما بعدها — الدكتور سليمان مرقس (المصادر) بند ٣٥٩ ص ٤٦٢ — دروس الدكتوراه فى المسئولية بند ٣ صحيفة ٤ — الدكتور عبد المنعم فرج الصدة بند ٤٠١ ص ٤٢٩] .

§ ٢ — التميز بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية

(Distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile)

٥٠٦ — الفروق ما بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية : هناك فرقان جوهريان ما بين المسئوليتين الجنائية والمدنية[1].

(أولا) تقوم المسئولية الجنائية على أن هناك ضرراً أصاب المجتمع . أما المسئولية المدنية فتقوم على أن هناك ضرراً أصاب الفرد . وتترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) جزاء المسئولية الجنائية عقوبة ، أما جزاء المسئولية المدنية فتعويض . (٢) الذي يطالب بالجزاء في المسئولية الجنائية هو النيابة العامة باعتبارها ممثلة للمجتمع ، أما الذي يطالب بالجزاء في المسئولية المدنيـة فالمضرور نفسه لأن الجزاء حقه هو . (٣) لا يجوز الصلح ولا التنازل في المسئولية الجنائية لأن الحق فيها عام للمجتمع ، ويجوز الصلح والتنازل في المسئولية المدنية لأن الحق فيها خاص للفرد . (٤) لما كانت العقوبة في المسئولية الجنائية تنطوي على معنى الإيلام كان من الواجب حصر الجرائم والعقوبات ، فلا عقوبة بلا جريمة ولا جريمة بلا نص ، أما المسئولية المدنية فتترتب على أي عمل غير مشروع دون حاجة لنصوص تبين الأعمال غير المشروعة عملاً عملا .

(ثانياً) النية ركن في المسئولية الجنائية . وهنا تقترب المسئولية الجنائية من المسئولية الأدبية . ولكن إذا كان محض النية يكفي في المسئولية الأدبية ، فهو لا يكفي في المسئولية الجنائية بل يجب أن يكون للنية مظهر خارجي يصل الى حد معين من الجسامة : فالتصميم والأعمال

---

(١) [انظر في التمييز ما بين المسئولية المدنية والجنائية وفي تأثر المسئولية المدنية بالمسئولية الجنائية : مارتي ورينو جـ ٢ بند ٣٥٩ وبند ٣٨٢ ص ٣٦٢ وهامش ٣ — ورسالة (هوجيني) عن فكرة العقوبة المدنية في القانون المعاصر (ديجون ١٩٠٤) — بيدان ورودير جـ ٩ مكرر بند ١٣٧٤ — دي باج جـ ٢ بند ٩٠٥ — ٩٠٧ — حشمت أبو ستيت بند ٤٠٨ — سليمان مرقس (المصادر) بند ٣٦٠ وما بعده — ودروس الدكتوراه بند ٤ ص ٦ والمراجع المشار إليها في هامش (٢) ص ٨ — أنور سلطان بند ٤٠٥ — و٤٠٦ — ص ٤٥٦ — ٤٥٧ — عبد المنعم الصدة بند ٤٠٢ — ٤٠٣ ص ٤٣٠ — ٤٣١] .

التحضيرية لا عقاب عليها ، والشروع قد يعاقب ، ويعاقب الفعل التام . وإلى جانب هذا المظهر الخارجي يغلب أن تكون الجريمة الجنائية عملا يلحق الضرر بالمجتمع . بل إن جسامة الضرر قد يكون لها أثر في العقوبة ، فتشتد في الضرب الذي يفضي الى موت أو الذي يحدث عاهة مستديمة عما هي في الضرب البسيط ، مع أن النية واحدة في هذه الأعمال . وقد تزداد أهمية الضرر إلى حد أن يجبّ الضرر النية ، فهناك أعمال تعد جرائم لأنها ضارة بالمجتمع سواء صحبتها النية أو لم تصحبها ، كالمخالفات التي لا تشترط فيها النية والجرائم التي يكفي فيها مجرد الإهمال . ولكن ، من جهة أخرى ، قد يكفي في المسئولية الجنائية احتمال وقوع الضرر لا وقوعه بالفعل ، كما هو الأمر فيما يسمى الآن في القانون الجنائي بالتدابير المانعة (mesures de sûreté) ومهما يكن من أمر ، فالنية في المسئولية الجنائية إذا لم تكن وحدها كافية فإن وجودها ضروري في أكثر الجرائم .

أما في المسئولية المدنية فالنية لا تشترط ، وأكثر ما يكون الخطأ المدني إهمال لا عمد . وسواء كان العمل غير المشروع عمداً أو غير عمد ، فإن الضرر الذي يحدثه يجب أن يعوض كاملا دون تفريق ما بين الحالتين ، وإن كان القضاء يميل ميلا طبيعياً إلى زيادة التعويض في الفعل العمد وإلى قياس التعويض بجسامة الخطأ في الفعل غير العمد .

٥٠٧ — العمل الواحد قد تترتب عليه المسئوليتان معاً وقد تترتب عليه مسئولية دون الأخرى : ويتبين مما تقدم أن قيام إحدى المسئوليتين لا يتعارض مع قيام المسئولية الأخرى . وقد يترتب على العمل الواحد مسئولية جنائية ومسئولية مدنية في وقت معاً ، كالقتل والسرقة والضرب والسب والقذف . فكل عمل من هذه الأعمال يحدث ضرراً بالمجتمع وبالفرد في وقت واحد . فيكون من ارتكب هذا العمل مسئولا مسئولية جنائية جزاؤها العقوبة ، ومسئولا مسئولية مدنية جزاؤها التعويض .

ولكن يصح ألا يترتب على العمل إلا إحدى المسئوليتين دون الأخرى . فتتحقق المسئولية الجنائية دون المسئولية المدنية إذا لم يلحق العمل ضرراً بأحد كما في بعض جرائم

الشروع وجرائم أخرى كالتشرد ومخالفات المرور وحمل السلاح والاتفاق الجنائى . وتتحقق المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية إذا ألحق العمل ضرراً بالغير دون أن يدخل ضمن الأعمال المعاقب عليها فى القوانين الجنائية ، كإتلاف مال الغير عن غير عمد وإغواء امرأة غير قاصر وسوء العلاج والمنافسة غير المشروعة وفصل العامل فى وقت غير لائق وجميع المسئوليات التى تقوم على خطأ مفروض[1] .

٥٠٨ — الآثار التى تترتب على اجتماع المسئوليتين فى عمل واحد : إذا ترتب على العمل الواحد المسئوليتان الجنائية والمدنية معاً ، أثرت المسئولية الجنائية ، وهى أقوى لأنها حق المجتمع ، فى المسئولية المدنية ، وهى أضعف لأنها حق الفرد . ويظهر ذلك فيما يأتى :

(أولا) التقادم : تقضى المادة ١٧٢ من التقنين المدنى الجديد بأن دعوى التعويض المدنية لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية . فإذا ترتب على العمل الواحد دعويان ، الدعوى المدنية والدعوى الجنائية ، فإن عدم تقادم الدعوى الجنائية يقف تقادم الدعوى المدنية .

ويستخلص من هذا أن الدعوى الجنائية تبعث الحياة فى الدعوى المدنية ، فتبقى هذه ما دامت تلك باقية . ولا عكس . فبقاء الدعوى المدنية قائمة لا يمنع من تقادم الدعوى الجنائية . وسيأتى تفصيل ذلك .

(ثانياً) الاختصاص : إذا ترتب على العمل الواحد المسئوليتان الجنائية والمدنية ،

---

(١) انظر فى قيام المسئولية المدنية دون الجنائية : استئناف مختلط فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ — م ٤٠ ص ٤٩ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٨١ — وفى ترتب المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية فى التزوير واستعمال الورقة المزورة : نقض جنائى فى ٣٠ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٣٢ ص ٥٨ — وفى قيام المسئولية الجنائية على خطأ المسئول مع قيام المسئولية المدنية على خطأ مشترك : استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٨١ .

وقضت محكمة النقض بأن قرار الحفظ الذى تصدره النيابة العامة أياً كان سببه ، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ مهما كانت صوره ، أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بعينه غير صحيح أو لم يقم عليه دليل كاف — هذا القرار لا يحوز قوة الأمر المقضى قبل المضرور بالحادث ، فلا يحول بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها (نقض مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض — ١ — رقم ٣ ص ٧) .

أمكن رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة الجنائية ، لأن الدعوى المدنية هى التى تتبع الدعوى الجنائية .

(ثالثاً) وقف الدعوى : إذا ترتب على العمل الواحد المسئوليتان الجنائية والمدنية ، ورفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، فرفع الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية يقف سير الدعوى المدنية ، وعلى المحكمة المدنية أن تأمر بوقف الدعوى حتى يبت فى الدعوى الجنائية . ولا يجوز عندئذ الرجوع عن الطريق المدنى ورفع الدعوى المدنية من جديد أمام المحكمة الجنائية . ومن ثم نرى أن الدعوى الجنائية تقف الدعوى المدنية (Le criminel tient le civil en état) .

(رابعاً) قوة الأمر المقضى : وإذا بتت المحكمة الجنائية فى الدعوى بحكم ، حاز هذا الحكم قوة الأمر المقضى . وتتقيد المحكمة المدنية عندئذ بما أثبتته المحكمة الجنائية فى حكمها من وقائع ، دون أن تتقيد بالتكييف القانونى لهذه الوقائع ، فقد يختلف التكييف من الناحية المدنية عنه من الناحية الجنائية . وينبنى على ذلك أنه إذا حكم القاضى الجنائى بالبراءة أو بالإدانة لأسباب ترجع إلى الوقائع ، بأن أثبت فى حكمه أن العمل المسند إلى المتهم لم يثبت وقوعه منه أو ثبت وقوعه ، تقيد القاضى المدنى بالوقائع التى أثبتها الحكم الجنائى . فلا يجوز أن يقول إن العمل قد ثبت حيث لم يثبت أو لم يثبت حيث قد ثبت ، ولكن يجوز أن يكيف الوقائع الثابتة تكييفاً مدنياً غير التكييف الجنائى . أما إذا حكم القاضى الجنائى بالبراءة لأسباب ترجع إلى التكييف القانونى ، كأن كان الإهمال الثابت صدوره من المتهم لا يصل إلى درجة الإهمال الجنائى[1] ، أو كانت الدعوى العمومية قد

(١) قد يكون الإهمال الصادر من المتهم لا يكفى لمساءلته جنائياً ، ويكفى للمسئولية المدنية حيث تقوم هذه المسئولية على خطأ مفروض فى بعض الأحوال . على أن محكمة النقض قد قضت بأن الإهمال فى جريمة الجرح بإهمال المنصوص عليها فى المادة ٢٤٤ من تقنين العقوبات لا يختلف فى أى عنصر من عناصره عن الخطأ غير المفروض الذى يستوجب المساءلة المدنية ، فبراءة المتهم فى الدعوى الجنائية لعدم ثبوت الخطأ المدعى به تستلزم حتماً رفض الدعوى المدنية المؤسسة على هذا الخطأ (نقض جنائى فى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

[وانظر فى حجية الحكم الجنائى أمام القضاء المدنى رسالة فالتيكوس (Valticos) باريس ١٩٥٣ وانسكلوبيدى دالوز المدنية تحت كلمة « قوة الشيء المقضى » بند ٢٧٢] .

سقطت بموت المتهم ، أو كان هناك مانع من توقيع العقوبة الجنائية لأن السارق ابن للمجنى عليه أو صدر لمصلحته عفو شامل ، فإن ذلك لا يمنع القاضى المدنى من الحكم بالمسئولية المدنية .

ونقف الآن عند المسئولية المدنية ، وهى أيضاً نوعان : مسئولية عقدية ومسئولية تقصيرية .

* * *

§ ٣ — التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية

(Distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle)

٥٠٩ — المسئوليتان العقدية والتقصيرية — ازدواج المسئولية أو وحدتها : المسئولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدى يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات . والمسئولية التقصيرية تقوم على الإخلال بالتزام قانونى واحد لا يتغير هو الالتزام بعدم الإضرار بالغير . فالدائن والمدين فى المسئولية العقدية كانا مرتبطين بعقد قبل تحقق المسئولية . أما فى المسئولية التقصيرية قبل أن تتحقق فقد كان المدين أجنبياً عن الدائن . مثل المسئولية العقدية أن يبرم عقد بيع ، ثم يتعرض البائع للمشترى فى العين المبيعة ، فيخل بالتزامه العقدى من عدم التعرض . ومثل المسئولية التقصيرية أن تكون العين فى يد مالكها ، ويتعرض له فيها أجنبى . فتتحقق مسئولية المتعرض ، ولكن مسئوليته هنا تقصيرية لا عقدية ، إذ هو لم يخل بالتزام عقدى يوجب عليه عدم التعرض للعين ، بل أخل بالتزام قانونى عام يفرض عليه عدم الإضرار بالغير ويدخل فى هذا الغير مالك العين .

هذا كله لا خلاف فيه . وإنما الخلاف فى تكييفه . فمن الفقهاء من يذهب إلى وجوب التمييز ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية لوجود فروق هامة بينهما تقتضى هذا التمييز ، وهؤلاء هم أنصار ازدواج المسئولية (dualité de responsabilité) . ومنهم من يرى ألا محل لهذا التمييز بين المسئوليتين ، فإن إحداهما لا تختلف عن الأخرى فى طبيعتها ،

وهؤلاء هم أنصار وحدة المسئولية (unité de responsabilité)[(١)] .

٥١٠ — أنصار ازدواج المسئولية : وهؤلاء هم كثرة الفقهاء . يقولون إن هناك فروقاً هامة ما بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية تقتضى وجوب التمييز بينهما حتى يطبق على كل منهما ما يخصه من أحكام . ويجملون هذه الفروق فى الوجوه الآتية :

١ — الأهلية : فى المسئولية العقدية تشترط أهلية الرشد فى أكثر العقود . أما فى المسئولية التقصيرية فتكفى أهلية التمييز .

٢ — الإثبات : فى المسئولية العقدية يتحمل المدين عبء إثبات أنه قام بالتزامه العقدى بعد أن يثبت الدائن وجود العقد . أما فى المسئولية التقصيرية فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد خرق التزامه القانونى وارتكب عملا غير مشروع .

٣ — الإعذار : فى المسئولية العقدية يشترط إعذار المدين إلا فى حالات استثنائية . أما فى المسئولية التقصيرية فلا إعذار[(٢)] .

---

(١) [أنظر فى العلاقة ما بين المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية — وفى مناقشة رأى القائلين بوحدة المسئوليتين وازدواجها : هنرى مازو — مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٩ ص ٥٥١ وما بعدها — أندريه بران (André Brun) : روابط المسئوليتين العقدية والتقصيرية ونطاقهما — رسالة من ليون سنة ١٩٣١ — مارتى ورينو ٢ بند ٣٦٢ وما بعده — مطول بيدان ٩ مكرر (بالاشتراك مع رودبير) بند ١٦٦٧ وما بعده — دى باج ٢ بند ٩٢٠ وما بعده — حشمت أبو ستيت بند ٤١٠ وما بعده — سليمان مرقس المصادر بند ٣٦١ وما بعده — ودروسه بقسم الدكتوراه من بند ٦ إلى بند ٢٨ — أنور سلطان بند ٤٠٧ وما بعده — عبد المنعم الصدة بند ٤٠٥ وما بعده — عبد الحى حجازى : موجز النظرية العامة للالتزام — المصادر غير الإرادية — طبعة ١٩٦٣ — ص ٥ — بند ٥ و٦] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى باستحقاق المؤجر للتعويض مقابل حرمانه من منفعة أرضه فى المدة التالية لانتهاء الإجارة استناداً إلى استمرار المستأجر فى الانتفاع بهذه الأرض بغير رضاء المؤجر ، الأمر الذى يعد غصباً ، فلا يصح النعى عليه بأنه قد قضى بالتعويض دون تكليف رسمى ، إذ أن هذه المسئولية تقصيرية لا يلزم لاستحقاق التعويض عنها التكليف بالوفاء (نقض مدنى فى ١٠/١٢/١٩٤٩ — مجموعة أحكام النقض — السنة الأولى — ص ٩٨ — رقم ٢٩)] .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كيفت محكمة الموضوع ما ثبت لها من وقائع الدعوى تكييفاً خاطئاً قلت =

٤ — مدى تعويض الضرر : فى المسئولية العقدية لا يكون التعويض إلا عن الضرر المباشر متوقع الحصول. أما فى المسئولية التقصيرية فيكون التعويض عن أى ضرر مباشر ، سواء كان متوقعاً أو غير متوقع[1] .

٥ — التضامن : فى المسئولية العقدية لا يثبت التضامن إلا باتفاق . أما فى المسئولية التقصيرية فالتضامن ثابت بحكم القانون .

٦ — الإعفاء الاتفاقى من المسئولية : يجوز هذا الإعفاء بوجه عام فى المسئولية العقدية . ولا يجوز فى المسئولية التقصيرية .

٧ — التقادم : تتقادم المسئولية العقدية بخمس عشرة سنة . أما المسئولية التقصيرية فتتقادم بثلاث سنوات أو بخمس عشرة سنة على حسب الأحوال .

٥١١ — أنصار وحدة المسئولية: وأبرز هؤلاء الأنصار الأستاذ بلانيول. وهم يقولون بألا فرق فى الطبيعة ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية . كلتاهما جزاء لالتزام سابق : المسئولية العقدية جزاء لالتزام عقدى لم يقم به الملتزم ، والمسئولية التقصيرية جزاء لالتزام قانونى أخل به المسئول . والمدين فى الحالتين تحققت مسئوليته لسبب واحد هو إخلاله بهذا الالتزام العقدى أو القانونى . فالمسئوليتان إذن تتحدان فى السبب وفى النتيجة ، فتكون طبيعتهما واحدة ، ولا محل للتفريق بينهما . أما ما استظهره أنصار ازدواج المسئولية من فروق ما بين المسئوليتين ، فهى فروق ظاهرية لا تثبت عند التعمق فى النظر ويستعرضون هذه الفروق على النحو الآتى :

= به الدعوى عن حقيقتها ، وأعطتها حكماً قانونياً غير مايجب إعطاؤه لمثلها ، كأن اعتبرت التقصير فى تنفيذ عقد المقايضة بالتسليم خطأً فعلياً (faute délictuelle) كالاغتصاب يوجب التضمين على المقصر من يوم تقصيره لا من يوم التنبيه الرسمى ، فإن الحكم الذى تصدره بهذا يكون مخالفاً للقانون ويتعين نقضه (نقض مدنى فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦) .

(١) استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨ .

١ — الأهليـة : ليس صحيحاً أن يقال إن أهلية الرشد تشترط فى المسئولية العقدية وتكفى أهلية التمييز فى المسئولية التقصيرية . والصحيح ألا أهلية فى كلتا المسئوليتين . إنما الأهلية فى العقد دون غيره . فيشترط الرشد فى أكثر العقود . فإذا تم العقد صحيحاً كان على المدين أن ينفذ التزامه العقدى ، وإلا كان مسئولا مسئولية عقدية . ولا يشترط فى هذه المسئولية العقدية أية أهلية ، حتى لو أن المدين زالت أهليته بعد أن كان أهلا وقت التعاقد ، بقى ملتزماً بالعقد ، وبقيت مسئوليته العقدية قائمة بعد زوال أهليته ، ولا يخليه من هذه المسئولية إلا القوة القاهرة أو نحوها . وفى المسئولية التقصيرية لا محل للكلام فى الأهلية ، وليس صحيحاً أن يقال إن أهلية التمييز واجبة فى هذه المسئولية . والصحيح أن المسئول يشترط لتحقق مسئوليته أن يرتكب خطأً . ونسبة الخطأ إلى المسئول تقتضى أن يكون مميزاً . فالتمييز إذن هو شرط لتحقق المسئولية . وليس أهلية فى المسئول .

٢ — الإثبات : ولا فرق بين المسئوليتين فيمن يحمل عبء الإثبات . ففى كلتيهما يحمله الدائن . يثبت فى المسئولية العقدية العقد ، وهو مصدر الالتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية العقدية . أما فى المسئولية التقصيرية فلا حاجة به إلى إثبات الالتزام القانونى بعدم الإضرار بالغير . وهو الالتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية التقصيرية ، لأنه التزام مقرر على الكافة فرضه القانون ، فإذا ثبت الالتزام السابق فى كلتا المسئوليتين على هذا الوجه ، بقى إثبات الإخلال به . وهنا يحمل الدائن عبء الإثبات أو يحمله المدين ، لا تبعاً لما إذا كانت المسئولية تقصيرية أو عقدية ، بل تبعاً لما إذا كان الالتزام السابق هو التزام بعمل أو التزام بامتناع عن عمل . فالمدين هو الذى يثبت أنه قام بالعمل الذى التزم بالقيام به ، والدائن هو الذى يثبت أن المدين قد أتى العمل الذى التزم بالامتناع عنه . ففى المسئولية العقدية إذا كان الالتزام العقدى عملا — ويدخل فى ذلك نقل الحق العينى — فعلى المدين أن يثبت أنه قام به ، وهو يحمل عبء الإثبات لا لأن المسئولية عقدية بل لأن الالتزام الذى أخل به هو التزام بعمل . أما إذا كان

الالتزام امتناعاً عن عمل ، فالدائن هو الذى يثبت أن المدين قد أخل بالتزامه . وكذلك الحال فى المسئولية التقصيرية . ولكن لما كان الالتزام القانونى السابق فى هذه المسئولية دائماً هو الالتزام بالامتناع عن عمل — عدم الإضرار بالغير — فالدائن إذن هو الذى يثبت فى المسئولية التقصيرية أن للدين قد أخل بالتزامه وأحدث الضرر بخطئه ولكن ليس ذلك لأن المسئولية تقصيرية ، بل لأن الالتزام الذى أخل به المدين هو التزام بالامتناع عن عمل . ومن هنا يتبين أن عبء الإثبات فى المسئولية العقدية يحمله المدين تارة وطوراً يحمله الدائن تبعا لما إذا كان الالتزام العقدى السابق هو التزام إيجابى أو التزام سلبى ، وعبء الإثبات فى المسئولية التقصيرية يحمله الدائن فى جميع الأحوال لأن الالتزام القانونى السابق هو دائماً التزام سلبى . فالعبرة إذن فيمن يحمل عبء الإثبات ، لا بنوع المسئولية هل هى عقدية أو تقصيرية . بل بالالتزام السابق هل هو إيجابى أو سلبى .

٣ — الإعذار : وليس صحيحاً أن الإعذار يشترط فى المسئولية العقدية دون المسئولية التقصيرية . فالإعذار لا يشترط فى الالتزامات السلبية إذا أخل بها المدين ، سواء كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية . ولما كان الالتزام فى المسئولية التقصيرية هو دائماً التزام سلبى ، لذلك لا يشترط الإعذار . وهو أيضاً لا يشترط فى المسئولية العقدية إذا كان الالتزام العقدى التزاماً سلبياً كما هو معروف . فالعبرة هنا أيضاً بما إذا كان الالتزام إيجابياً أو سلبياً ، لا بما إذا كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية .

٤ — مدى تعويض الضرر : والسبب فى أن التعويض فى المسئولية العقدية لا يتناول الضرر غير المتوقع ولو كان مباشراً أن هذا الضرر لم يدخل فى حساب المتعاقدين لأنهما لم يكونا يتوقعانه .

٥ — التضامن : والسبب فى أن التضامن يثبت بمقتضى القانون فى المسئولية التقصيرية أن الخطأ هو السبب فى الضرر ، فإذا ارتكبت الخطأ اثنان كان خطأ كل منهما هو السبب

فى الضرر فوجب عليه التعويض كاملا . ومن ثم قام التضامن .

٦ — الإعفاء الاتفاقى من المسئولية : والسبب فى أن هذا الإعفاء لا يجوز فى المسئولية التقصيرية أن القانون هو الذى قرر أحكام هذه المسئولية ، فهى من النظام العام .

٧ — التقادم : وإذا كانت المسئولية التقصيرية تتقادم بثلاث سنوات فى بعض الأحوال ، فهذا أمر لا يرجع إلى طبيعة المسئولية ، بل إن المشرع قرر ذلك لحكمة ارتآها هو ، وقد لا يرتئيها مشرع آخر . وكان التقنين القديم يجعل مدة التقادم فى المسئولية التقصيرية خمسة عشرة سنة كما فى المسئولية العقدية .

٥١٢ — **الوضع الصحيح للمسألة — وجوب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية** : لا شك فى أن المسئوليتين العقدية والتقصيرية تقومان على مبدأ واحد . فكلتاهما جزاء للاخلال بالتزام سابق . ولا فرق بينهما فى هذه الناحية ، لا من حيث الأهلية ولا من حيث الإثبات ولا من حيث الإعذار . وقد استطاع أنصار وحدة المسئولية أن يثبتوا ذلك . فالأهلية لا تكون إلا فى العقد ، ولا محل للكلام فيها لا فى المسئولية العقدية ولا فى المسئولية التقصيرية ، وعبء الإثبات وضرورة الإعذار العبرة فيهما لا بأن المسئولية عقدية أو تقصيرية . بل بأن الالتزام السابق إيجابى أو سلبى .

ولكن إلى هنا تتفق المسئوليتان . وهما تختلفان بعد ذلك . تختلفان فى أن الالتزام السابق الذى ترتب على الإخلال به تحقق المسئولية هو التزام عقدى فى المسئولية العقدية وهو التزام قانونى فى المسئولية التقصيرية . وهذا الاختلاف تترتب عليه فروق جوهرية لا فروق عرضية .

ففى المسئولية العقدية الدائن والمدين هما اللذان بإرادتيهما أنشآ هذا الالتزام السابق وحددا مداه . ومن ثم رسما مدى التعويض عن الضرر ، فلم يدخل فى حسابهما الضرر غير المتوقع . ولم تنصرف إرادتهما إلى التعويض عنه ، فلا تعويض . ومن ثم كانت إرادة

المتعاقدين ، إذا تعدد المدين ، هى التى تحدد مدى اشتراك كل مدين فى المسئولية ، والأصل ألا تضامن بين المدينين ، فإذا أريد التضامن وجب أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى اشتراطه . ومن ثم جاز للمتعاقدين ، وهما اللذان بإرادتهما حددا مدى الالتزام ، أن يتراضيا على الإعفاء منه فى حالات معينة . ومن ثم أخيراً لا يتقادم الالتزام ، وهما اللذان ارتضياه ، إلا بمدة طويلة هى خمس عشرة سنة .

ولا كذلك فى المسئولية التقصيرية . فإن الالتزام الذى ترتب على الإخلال به تحقق هذه المسئولية هو التزام قانونى ، أى التزام ، القانون هو الذى أنشأه وحدد مداه . ولم تتدخل إرادة الطرفين فى شىء من ذلك . ومن ثم وجب التعويض عن كل الضرر ، سواء توقعه الطرفان أو لم يتوقعاه ، ما دام مباشراً لأن هذا هو الأصل فى التعويض ، ولم تتدخل إرادة الطرفين لتوقى التعويض عن الضرر غير المتوقع . ومن ثم إذا اشترك أكثر من واحد فى احداث الضرر ، كان كل منهم متسبباً فيه ، ووجب عليه التعويض كاملا ، ومن هنا قام التضامن . ومن ثم لا يجوز للطرفين أن يتراضيا على الإعفاء من المسئولية التقصيرية ، فإن الالتزام الذى أخل به المدين هو التزام فرضه القانون ، ولا دخل فيه لإرادة الطرفين ، فالقانون هو الذى يعفى منه فى الحالات التى ينص عليها . ومن ثم رأى المشرع فى المسئولية التقصيرية ، والالتزام مفروض على المدين دون أن يرتضيه ، أن يكون التقادم بمدة أقصر من مدة التقادم فى المسئولية العقدية وفيها ارتضى المدين الالتزام عن طواعية واختيار ولم يفرضه عليه القانون فرضاً .

إذن توجد فروق جوهرية بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، ترجع إلى طبيعة كل من المسئوليتين . فالمسئولية العقدية جزاء للاخلال بالتزام عقدى ، والطبيعة العقدية لهذا الالتزام هى التى أملت الحلول العملية التى تتفق معها . والمسئولية التقصيرية جزاء للاخلال بالتزام قانونى ، وطبيعة هذا الالتزام هى التى أملت الحلول العملية التى تلائمها والتى تخالف الحلول العملية الأولى . فلا بد إذن من التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ،

لأن التمييز بينهما تتطلبه طبيعة كل منهما ، وتترتب عليه فروق جوهرية فيما بينهما هي التي ذكرناها فيما تقدم[1].

٥١٣ — تحديد نطاق كل من المسئوليتين : أما وقد وجب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وثبت أن هناك فروقاً جوهرية بينهما ، فإنه يتعين أن نحدد نطاق كل منهما ، حتى تترتب على كل مسئولية ما يتعلق بها من الأحكام .

نطاق المسئولية التقصيرية حدوده واضحة . فإن هذه المسئولية تتحقق حيث يرتكب شخص خطأ يصيب الغير بضرر . فالدائن المضرور هنا أجنبي عن المدين ، لا يرتبط بعقد معه .

أما المسئولية العقدية فيحدد نطاقها شرطان : أولهما أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين ، والثاني أن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد . ونبحث كلا من الشرطين .

فالشرط الأول هو أن يقوم عقد صحيح ما بين الدائن والمدين . فإذا لم يكن هناك عقد أصلا ، ولو وجدت شبهة عقد ، فالمسئولية لا تكون عقدية . مثل ذلك أن يدعو صديق صديقه للركوب معه في عربته مجاملة[2] ، أو يدعوه للغذاء أو للسهرة ، أو يخطب رجل امرأة ، فلا عقد في مثل هذه الأحوال ، والمسئولية لا تكون إلا تقصيرية بأن يثبت المضرور أن هناك خطأ ارتكبه المسئول . كأن يرتكب الصديق خطأ في قيادة العربة ، أو يتعمد الإخلال بالدعوة إضراراً بصديقه ، أو يعدل الخاطب عن الزواج إضراراً بخطيبته . فإذا

---

(١) هذا إلى أن عبء الإثبات — من الناحية العملية المحضة — يبدو فرقاً جوهرياً ما بين المسئوليتين . وقد كان هو والإعفاء الإتفاقي من المسئولية سببين رئيسين لتلمس المسئولية العقدية في بعض الفروض — كما في عقد نقل الأشخاص والتزام أمين النقل بسلامة الراكب التزاماً كيف بأنه التزام عقدي — أو للقول بالخيرة ما بين المسئوليتين — كما في عقد النقل إذا اقترن بشرط الإعفاء فإن القول بالخيرة يمكن من اختيار المسئولية التقصيرية وهذه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منها .

(٢) سيأتي تفصيل للأحكام التي تطبق في النقل المجاني فيما يلي (أنظر فقرة ٥٤٦) .

قام عقد بين الدائن والمدين أمكن أن تتحقق المسئولية العقدية . ولكن المدة السابقة على تكوين العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما هي الحال في نظرية الخطأ عند تكوين العقد وقد مر بيانها ، وكما في قطع المفاوضات للتعاقد في وقت غير لائق ، وكما في رفض شخص للتعاقد بعد أن دعا هو إليه . كذلك المدة التالية لانقضاء العقد لا تتحقق فيها إلا مسئولية تقصيرية ، كما إذا دخل مهندس في خدمة مصنع واطلع على أسراره ولما انقضى عقد خدمته دخل في خدمة مصنع منافس وأفضى بالأسرار التي وقف عليها في المصنع الأول — ويجب أن يكون العقد القائم بين الدائن والمدين عقداً صحيحاً ، فإن كان باطلا أو قابلا للابطال فالمسئولية العقدية لا تتحقق . وقد ورد تطبيق لهذا الحكم في المادة ١١٩ من التقنين المدني الجديد ، وهي تقضي بأنه « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته » . ففي هذه الحالة ، بعد أن يبطل ناقص الأهلية العقد ، يكون مسئولا مسئولية تقصيرية عن استعماله للطرق الاحتيالية التي قادت إلى التعاقد — والمسئولية العقدية لا تتحقق إلا فيما بين الدائن والمدين اللذين يربطهما العقد . فإذا دفع أجنبي أحد المتعاقدين على أن يخل بتعاقده ، كصاحب مصنع يحرض مستخدماً في مصنع آخر على الخروج من هذا المصنع قبل انتهاء عقد الاستخدام للدخول في خدمة المصنع الأول ، تحققت المسئولية العقدية فيما بين صاحب المصنع الثاني والمستخدم لارتباطهما بالعقد . ولكن لا تتحقق إلا مسئولية تقصيرية فيما بين صاحب المصنع الثاني وصاحب المصنع الأول ، لأن هذا لم يرتبط بعقد الاستخدام . وإذا أمن شخص على مسئوليته ثم تحققت هذه المسئولية ، فإن مسئولية شركة التأمين نحو المؤمن له تكون مسئولية عقدية لارتباطهما بعقد التأمين ، ولكن مسئولية المؤمن له نحو المصاب تكون مسئولية تقصيرية لأن عقد التأمين لم يكن المصاب طرفاً فيه . أما إذا اشترط المؤمن له في عقد التأمين لمصلحة المصاب ، فإن شركة التأمين تكون مسئولة نحو المصاب مسئولية عقدية دون أن يكون المصاب طرفاً في عقد التأمين ، ويعد هذا استثناء من القاعدة التي تقضي بأن المسئوليه العقدية لا تتحقق إلا فيما بين طرفي العقد ، نزولا على أحكام الاشتراط لمصلحة الغير .

والشرط الثانى أن يكون الضرر الذى أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ العقد. فإذا كان الضرر قد حدث من عمل لا يعتبر عدم تنفيذ للعقد، فان المسئولية العقدية لا تتحقق، بل تتحقق المسئولية التقصيرية. مثل ذلك الهبة، فإن الواهب لا يضمن خلو الشىء الموهوب من العيب إلا إذا تعمد إخفاء العيب أو ضمنه، فإن كان الشىء الموهوب معيباً ولم يضمن الواهب العيب ولم يتعمد إخفاءه، وتسبب عن العيب ضرر للموهوب له، فإن مسئولية الواهب تكون هنا مسئولية تقصيرية، ويكون على الموهوب له أن يثبت خطأ فى جانب الواهب. أما إذا وقع الضرر بسبب عدم تنفيذ العقد فان المسئولية العقدية تتحقق، كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع إلى المشترى بالرغم من إعذاره وهلك المبيع فى يد البائع. ومن ثم وجب تحديد الالتزامات التى تنشأ من العقد حتى يعد عدم تنفيذها سبباً لتحقيق المسئولية العقدية. وهناك عقود يصعب فيها تحديد هذه الالتزامات[1] ويرجع فى التحديد إلى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية. وعلى القاضى أن يكشف عن هذه النية بطرق التفسير المعتادة[2].

---

(١) ويصعب هذا بنوع خاص فى العقود التى تشتمل على التزام بكفالة السلامة (obligation de sécurité). فعقد نقل الأشياء يتضمن دون شك هذا الالتزام، ويعتبر أمين النقل مسئولا مسئولية عقدية إذا تلفت الأشياء التى تعهد بنقلها فى أثناء النقل. أما عقد نقل الأشخاص، فالأمر فيه ليس واضحاً وضوحه فى عقد نقل الأشياء. ذلك أن الشىء إذا تسلمه أمين النقل لنقله يخضع خضوعاً تاماً لسيطرته، إذ ليست له حركة ذاتية، أو له هذه الحركة كالحيوان ولكن يمكن ضبطها. أما الشخص الذى يتعهد أمين النقل بنقله فله حركة ذاتية، لا يخضع زمامها خضوعاً تاما لسيطرة أمين النقل. على أن القضاء والفقه، فى مصر وفى فرنسا، يرتبان التزاما بكفالة السلامة فى ذمة أمين النقل، حتى بالنسبة إلى نقل الأشخاص.

والالتزام بالسلامة يختلف مداه فى عقد عنه فى عقد آخر. ففى بعض العقود يكون التزاماً ببذل عناية، كالتزام الطبيب فى علاج المريض، يكفى فيه أن يثبت الطبيب أنه اصطنع الحيطة واليقظة بالقدر المطلوب فى صناعة الطب حتى يكون قد وفى التزامه ولو لم يشف المريض فلا تتحقق مسئوليته العقدية. وفى عقود أخرى، كعقد النقل المتقدم الذكر، يكون التزاما بتحقيق غاية، فيكفل المدين سلامة الدائن، ولا تنتفى مسئوليته العقدية إلا إذا أثبت السبب الأجنبى.

(أنظر فى الالتزام بكفالة السلامة مازو ١ ص ١٦٥ — ص ١٨٩).

(٢) ومن هذه الطرق الرجوع إلى النصوص التشريعية المفسرة لإرادة المتعاقدين أو المكملة لها. وهذه النصوص كثيرة فى العقود المسماة.

٥١٤ — عدم جواز الجمع ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية :

بعد أن بينا وجوب التمييز بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، وحددنا نطاق كل من المسئوليتين . وجب أن نواجه فرضاً يتحقق فى كثير من الأحيان ، وهو أن يتوافر فى العمل الواحد شروط المسئولية العقدية وشروط المسئولية التقصيرية فى وقت معاً . ويعرض فى صدد هذا الفرض سؤال أول ، لا يحوم أى شك فى الجواب عليه ، هو هل يجوز للدائن الذى أصابه الضرر بسبب هذا العمل أن يجمع بين المسئوليتين فى الرجوع على المدين ؟

لا شك فى أن الدائن لا يجوز له الجمع بين المسئوليتين فى الرجوع على المدين ، إذ الجمع ، بأى معنى فهم هذا اللفظ ، غير مستساغ .

قد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويضين ، تعويض عن المسئولية العقدية وآخر عن المسئولية التقصيرية . وهذا غير مستساغ ، لأن الضرر الواحد لا يجوز تعويضه مرتين.

وقد يفهم الجمع بمعنى أن الدائن يطالب بتعويض واحد ، ولكن يجمع فى دعوى التعويض بين ما يختاره من خصائص المسئولية العقدية ، كأن يطالب المدين بإثبات أنه قام بتنفيذ التزامه ، ومن خصائص المسئولية التقصيرية ، كأن يطالب المدين بتعويض عن الضرر غير المتوقع أو يتمسك ببطلان الإعفاء الاتفاقى من المسئولية . وهذا أيضاً غير مستساغ . فإن كلا من دعوى التعويض العقدية ودعوى التعويض التقصيرية لها خصائصها . والدائن لا يستطيع أن يرفع إلا إحدى الدعويين . أما الدعوى التى يخلط فيها ما بين خصائص كلتا الدعويين فهى ليست بالدعوى العقدية ولا بالدعوى التقصيرية ، بل هى دعوى ثالثة لا يعرفها القانون .

وقد يفهم الجمع بمعنى ثالث ، هو أن الدائن إذا رفع إحدى الدعويين فخسرها يستطيع أن يرفع الدعوى الأخرى . ولكن الفقه — بخلاف القضاء الفرنسى — مجمع على أن

قوة الشيء المقضى تحول دون ذلك . فلا يسوغ الجمع حتى بهذا المعنى [1] .

٥١٥ — عدم جواز الخيرة ما بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية :

الجمع إذن غير مستساغ فى أى معنى من معانيه . ومن ثم نرى عدم الدقة فى التعبير عندما يقال هل يجوز الجمع بين المسئوليتين أو لا يجوز ؟ فهذا السؤال لا يحتمل الجواب عليه شكا ، إذ الجمع قطعاً لا يجوز . ولكن الشك يقوم إذا أبدل بلفظ «الجمع» (cumul) لفظ « الخيرة » option ، فقيل هل تجوز الخيرة بين المسئوليتين ؟ ويراد بهذا أن يقال هل يجوز للدائن أن يختار الدعوى التى يراها أصلح ، على أنه إذا اختار أصلح الدعويين تقيد بها ، فلا يلجأ إلى الدعوى الأخرى حتى لو خسر الدعوى التى اختارها ؟ وهذا هو الذى تقصد إليه جمهرة الفقهاء عندما يقولون فى غير دقة هل يجوز الجمع ما بين الدعويين . والإجابة على هـذا السؤال فى وضعه الصحيح تقسم كلا من الفقه والقضاء إلى فريقين متعارضين ، ففريق يقول إن للدائن أن يختار بين الدعويين ، وفريق آخر يذهب إلى أن دعوى المسئولية العقدية تجُبّ دعوى المسئولية التقصيرية فلا يصح للدائن أن يرفع غير دعوى المسئولية العقدية ، ويمتنع عليه أن يرفع دعوى المسئولية التقصيرية .

ونستعرض كلا من الرأيين .

أما الذين يجعلون للدائن الخيرة فيقولون إن شروط كل من الدعويين قد توافرت ، ومنطق القانون يقضى بأن الدعوى متى توافرت شروطها جاز أن ترفع . وهنا قد توافرت شروط دعوى المسئولية العقدية ، فإذا اختارها الدائن جاز له رفعها . وتوافرت كذلك شروط دعوى المسئولية التقصيرية ، فلا شيء يمنع الدائن من رفعها إذا آثرها على الدعوى الأولى .

---

(١) وسنرى فيما بعد أن هذا هو أيضاً قضاء محكمة النقض فى مصر فى دائرتها المدنية (نقض مدنى فى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢) . أما الدائرة الجنائية فتذهب إلى عكس ذلك (نقض جنائى فى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

وأما الذين يقصرون الدائن على دعوى المسئولية العقدية فيقولون إن الدائن لا يعرف المدين إلا من طريق العقد ، فكل علاقة تقوم بينهما بسبب هذا العقد وجب أن يحكمها العقد والعقد وحده . فإذا أخل المدين بالتزامه العقدى لم يكن أمام الدائن إلا دعوى المسئولية العقدية ، وليس له الرجوع بدعوى المسئولية التقصيرية .

ولا شك فى أن الأخذ برأى دون آخر من هذين الرأيين تترتب عليه نتائج عملية هامة تتمشى مع وجوه التمييز ما بين المسئوليتين فيما قدمنا . ومن وجوه التمييز هذه الإثبات. فإذا جاز للدائن أن يختار وكانت المسئولية التقصيرية قائمة على خطأ مفروض ، اختارها الدائن لينتقل عبء الإثبات إلى المدين ، ولو أن الدائن قصر على المسئولية العقدية لكان هو المكلف بإثبات أن المدين قد أخل بالتزامه إذا كان التزاماً بعناية . ومن وجوه التمييز أيضاً الإعفاء الاتفاقى من المسئولية . فإذا تعاقد عميل مع أمين النقل وكان فى عقد النقل اتفاق على الإعفاء من المسئولية أو على التخفيف منها ، ثم أصيب العميل إصابة تدخل فى حدود هذا الاتفاق ، وكان له أن يختار بين المسئوليتين ، لاختار المسئولية التقصيرية إذ لا يجوز فيها الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف ، ولو قصر على المسئولية العقدية لاندفعت هذه المسئولية أو خففت بفضل الاتفاق الذى تم على ذلك . وإلى جانب هذين الوجهين توجد الوجوه الأخرى التى قدمناها فى التمييز ما بين المسئوليتين . ففى دعوى المسئولية العقدية لا يكون التضامن إلا باتفاق ، أما فى دعوى المسئولية التقصيرية فإن التضامن يقوم بحكم القانون . فإذا كان للدائن أن يختار ، ولم يكن هناك اتفاق على التضامن ، فقد يختار المسئولية التقصيرية ابتغاء أن يُجرى التضامن بين المدينين ، أما إذا قصر على المسئولية العقدية فلا تضامن . وفى دعوى المسئولية العقدية لا يعوض المدين إلا عن الضرر المتوقع ، أما فى دعوى المسئولية التقصيرية فيعوض عن أى ضرر مباشر ولو كان غير متوقع . فهنا أيضاً تكون الخيرة نافعة للدائن ، إذ يستطيع أن ينتقل من المسئولية العقدية إلى المسئولية التقصيرية فينال تعويضاً كاملا عن الضرر المباشر . ودعوى المسئولية العقدية تتقادم عادة بخمس عشرة سنة ، أما دعوى المسئولية التقصيرية فتتقادم

بثلاث سنوات . وهنا الخيرة لا تنفع الدائن ، فدعوى المسئولية العقدية إذا قصر عليها أفضل له من دعوى المسئولية التقصيرية .

ومهما يكن من انقسام الفقه والقضاء ، فى فرنسا وفى مصر[1] ، فى هذه المسألة الهامة،

---

(١) انظر فى انقسام القضاء والفقه فى فرنسا مازو ١ فقرة ١٨٨ — فقرة ٢٠٧ — بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٩٣٣ فقرة — ٩٣٨ .

أما فى مصر فيبدو أن الكثير من أحكام القضاء الوطنى والمختلط تنزع إلى جواز الخيرة ما بين المسئوليتين . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترط المؤجر عدم مسئوليته عما يصيب المستأجر من الضرر من العين المؤجرة ، فإن هذا الشرط لا يخلى المؤجر من مسئوليته التقصيرية عن هذا الضرر (استئناف مختلط فى أول أبريل سنة ١٨٩١، م ٣ ص ٢٧١ — وفى ١٠ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به هذه المحكمة من أنه إذا كان التقنين المدنى (القديم) لا يلزم المؤجر بالقيام بأية مرمة ، فإن هذا لا يخليه من المسئولية التقصيرية عن الضرر الذى يصيب المستأجر بسبب تقصير المؤجر فى ترميم ملكه (استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص١٥٤ — وفى ٥ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٥) . ومن ذلك ما قضت به كل من محكمة الاستئناف الوطنية ومحكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا اشترطت مصلحة السكك الحديدية تحديد مسئوليتها فى مبلغ معين فى حال ضياع البضاعة المشحونة ، فإن هذا الشرط لا يسرى فى مسئولية هذه المصلحة مسئولية تقصيرية عن عمالها أو عن الغير (استئناف وطنى فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ ص ٢٤٥ — وفى ٢٥ يوليه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ ص ٤٨٠ — استئناف مختلط فى ١٥ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢٠ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٨ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٥ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٧٤ — وفى ٨ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٧ ص ٤٣٤ — وانظر عكس ذلك استئناف وطنى فى ٢ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ ص ٢٩ — استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٦ .

وقد قضت محكمة استئناف الاسكندرية الوطنية أخيراً بجواز الخيرة ما بين المسئوليتين ، إذ قررت أنه « لا شبهة . . . فى التزام الناقل ضمناً بسلامة الراكب إلى الجهة المتعاقد على النقل إليها ، لأن هذا الالتزام هو أول مميزات هذا النوع من التعاقد . . . وأن مؤدى الأخذ بهذا النظر الاستناد فى طلب التعويض إلى أحد الأساسين ، المسئولية التقصيرية أو المسئولية التعاقدية ، حسبما يتسنى لطالب التعويض . فإذا قصرت وسائله عن إثبات عناصر الأولى أمكن الاستناد إلى الثانية عند توافر أركانها (استئناف الاسكندرية فى ٥ فبراير سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١) — ويلاحظ أن المحكمة لم تكن فى حاجة إلى القول فى هذه القضية بجواز الخيرة بين المسئوليتين ، فإن الخيرة إنما تظهر فائدتها فى الانتقال من المسئولية العقدية إلى المسئولية التقصيرية . أما هنا فقد انتقلت المحكمة من المسئولية التقصيرية إلى المسئولية العقدية ، وكان يكفيها أن تقرر أن عقد النقل ينشىء التزاماً عقدياً بضمان سلامة الراكب يستطيع أن يستند إليه الدائن فى مطالبة المدين بإثبات أنه قد وفى بهذا الالتزام .

أما محكمة النقض فلم تبت حتى الآن فى هذه المسألة بقضاء حاسم . فقد أخذت فى قضية بالمسئولية=

فنحن نأخذ بالرأى الذى يقول بألا خيرة للدائن ، وليس له إلا دعوى المسئولية العقدية .

= العقدية ، ولكنها لم تذكر أنها استبعدت المسئولية التقصيرية لقيام المسئولية العقدية ، وهذا هو ما قضت به : « ليس لرب العمل أن يستقل عما من شأنه أن يزيد فى أخطار العمل الذى استخدم العامل لأدائه ، فإن هو فعل صح اعتباره مخلا بعقد الاستخدام إخلالا يصلح أساساً لمسئوليته . ولما كان الثابت فى الحكم أن عقد استخدام ملاحى سفينة الطاعن لم يرد فيه ما يفيد انه معتزم تأجيرها لدولة محاربة ، وأن هؤلاء الملاحين لم يحاطوا علماً بهذا التأجير ، وكان هذا التأجير من شأنه طبيعة أن يزيد فى أخطار عملهم ، فلا مخالفة للقانون إذا كانت محكمة الموضوع قد رأت أن قيام الطاعن بهذا التأجير فيه خطأ من جانبه فى حق عماله . هذا وإذا كانت المحكمة المذكورة قد رتبت على هذا الخطأ مسئولية الطاعن عن فقد ملاحى السفينة على اعتبار أن هذا الفقد كان نتيجة لهذا الخطأ ، فإن رأيها فى ذلك إنما هو رأى فى مسألة واقعية فلا علاقة لمحكمة النقض أن تراقبه . ومتى استقام الحكم على أساس قواعد المسئولية العقدية ، كان ماورد فيه خاصاً بتطبيق أحكام قانون التجارة البحرى تزيداً ، وكان ما جاء فى الطعن منصباً عليه غير منتج (نقض مدنى فى ٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٠ ص ٥٥٣) .

وفى قضية أخرى يبدو أن محكمة النقض لا تأبى أن يقوم التعويض على أساس كل من المسئوليتين ، فقد قضت بأنه « ما دام الحكم قد أقام مسئولية المحكوم عليه بالتعويض على كلا الأساسين : العقد والفعل الضار ، فإنه لا تكون به حاجة إلى تطبيق المادة ١٢٠ من التقنين المدنى (القديم) التى تنص على أن التضمينات لا تستحق إلا بعد تكليف المتعهد بالوفاء تكليفاً رسمياً ، إذ هذه المادة لا تنطبق على المسئولية عن الأفعال الضارة وإذ أن الإعذار الذى تنص عليه غير لازم فى حالة المسئولية العقدية عند الإخلال بالتزام سلبى (نقض مدنى فى أول يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥١ ص ٥١٣) .

وأما الفقه فى مصر فنقسم . فمن الفقهاء من يقول بجواز الخيرة (مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٨ — [حسين عامر فى القوة الملزمة للعقد فقرة ٢٦٠ — فقرة ٢٦٥ — وفقرة ٣٣١ — ٣٤٣ — ومع ذلك يقول بعدم الخيرة (إلا فى استثناءات) فى مؤلف تال فى المسئولية المدنية فقرة ١٦١ — فقرة ١٦٥] — وقد كنا نقول بذلك فى الموجز فقرة (٣٠١) . ولكن أكثر الفقهاء يقولون بقصر الدائن على المسئولية العقدية (الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ٢٤ — ٢٥ — [وفى المصادر بند ٣٧٠ حيث لا يجيز الجمع بين المسئوليتين ولو كان الجمع على سبيل التوالى على سبيل الاقتران — كما يرى أن عدم الخيرة أولى بالاتباع — فقرة ٣٧١ ص ٤٨٥ — وفى دروسه فى الدكتوراه بند ٣٦ و ٣٧ ص ٥٠) — عبد الحى حجازى — مصادر الالتزام ص ٤٢٨ — ٤٣١ — وموجز النظرية العامة للالتزام (المصادر غير الإرادية طبعة ١٩٦٣) ص ٦ بند ٦ — حشمت أبو ستيت بند ٤١٨ و ٤١٩ ص ٣٩٢ — ٣٩٣] .

[وانظر محمد كامل مرسى فى الالتزامات ج ٢ فقرة ١٦ — وقربه : أنور سلطان بند ٤١٠ ص ٤٦٦ حيث يرى عدم إمكان الجمع بين المسئوليتين و ص ٤٦٨ حيث يرى أن جواز أو عدم جواز الخيرة يتوقف على ما اتفق عليه المتعاقدان . فإذا لم يكن هناك اتفاق فلا تجوز الخيرة أى لا يجوز الالتجاء إلى المسئولية التقصيرية حيث يكون هناك عقد — وانظر عبد المنعم الصدة بند ٤١٠ ص ٤٤٤ و ٤٤٥ حيث يستبعد الخيرة كما يستبعد الجمع بين المسئوليتين] .

ذلك أن الالتزام العقدى الذى صار المدين مسئولا عن تنفيذه لم يكن قبل العقد التزاماً فى ذمته . فلو فرض أنه قبل إبرام العقد لم يقم به ، لم يكن مسئولا عن ذلك ، لا مسئولية عقدية لأن العقد لما يبرم ، ولا مسئولية تقصيرية إذ لا خطأ فى عدم قيامه بأمر لم يلتزم به . فإذا أبرم العقد ، قام الالتزام فى الحدود التى رسمها هذا العقد ، وهى حدود لا تترتب عليها إلا المسئولية العقدية . وليس للدائن أن يلجأ إلى المسئولية التقصيرية ، إذ هى تفترض أن المدين قد أخل بالتزام فرضه القانون . والالتزام فى حالتنا هذه لا مصدر له غير العقد . ويتبين من ذلك أن الخيرة لا تكون إلا فى التزام فرضه العقد والقانون معاً . فأمين النقل إذا سرق البضاعة التى ينقلها يكون قد أخل بالتزامه العقدى الناشىء من عقد النقل ، فتتحقق مسئوليته العقدية . ويكون فى الوقت ذاته قد أخل بالتزامه القانونى الذى يحرم عليه السرقة حتى لو لم يوجد عقد النقل. فتتحقق مسئوليته التقصيرية. وللدائن أن يختار بين هاتين المسئوليتين .

وقد يبدو أن القول بعدم جواز الخيرة يضيع على الدائن فى بعض الحالات حقه العادل فى التعويض. فشرط الإعفاء من المسئولية الذى تتضمنه عادة عقود النقل كاف لدفع المسئولية العقدية ، وقيام هذه المسئولية كاف بدوره لمنع المسئولية التقصيرية . فلا يستطيع الدائن الرجوع بالمسئولية العقدية لوجود شرط الإعفاء . ولا بالمسئولية التقصيرية لوجود عقد النقل. ولكن هذه النتيجة هى التى أرادها المتعاقدان . وما لم يكن عقد النقل عقد إذعان — كما هو الغالب — حيث يعتبر شرط الإعفاء شرطاً تعسفياً يجوز للقاضى إلغاؤه أو تعديله ، فإنه يجب النزول على إرادة المتعاقدين[1] .

* * *

§ ٤ — تطور المسئولية التقصيرية

٥١٦ — *تاريخ هذا التطور هو توسع مستمر فى المسئولية التقصيرية* : ونقف الآن عند المسئولية التقصيرية . بعد أن ميزناها عن غيرها من أنواع المسئولية فيما تقدم .

---

(١) قارن الموجز للمؤلف فقرة ٣٠١ .

ونستعرض فى إيجاز تاريخ تطورها[1] .

ويمكن القول بوجه عام إن تاريخ تطور المسئولية التقصيرية هو تاريخ توسع مستمر فى هذه المسئولية .

فمن حالات معينة محدودة لا تتحقق المسئولية إلا فيها . إلى توسع تدريجى فى هذه الحالات ، إلى شمول وصل بالمسئولية التقصيرية إلى أن تكون قاعدة عامة . وهذا ما وصل إليه التطور فى القانون الفرنسى القديم . وانتقل منه إلى التقنين الفرنسى فى سنة ١٨٠٤ .

ومنذ التقنين الفرنسى أخذت القاعدة العامة ذاتها تتطور . فهى قد قامت على فكرة جوهرية هى فكرة الخطأ (faute) . ثم أخذت هذه الفكرة تتقلص فبعد أن كان الخطأ لابد من إثباته ، قامت حالات صار الخطأ فيها مفروضاً . وها نحن نشهد فى الوقت الحاضر فكرة تحمل التبعة (risque) تقوم إلى جانب فكرة الخطأ ثابتاً كان أو مفروضاً .

فنستعرض هذا التطور ، منذ القانون الرومانى إلى عصرنا الحاضر ، استعراضاً سريعاً .

٥١٧ — القانون الرومانى : تتميز نظرية المسئولية التقصيرية فى القانون الرومانى بخصائص ثلاث :

أولا — لم تكن هناك قاعدة عامة تقرر أن كل خطأ ينشأ عنه ضرر يوجب التعويض . بل كانت هناك أعمال معينة تحددها النصوص القانونية هى وحدها التى ترتب المسئولية . ذلك أن المسئولية التقصيرية كانت فى القديم متروكة إلى الأخذ بالثأر ، ثم انتقلت إلى الدية الاختيارية ، ثم إلى الدية الإجبارية ، ثم إلى العقوبة منذ استقر تدخل الدولة لإقرار الأمن

---

(١) [انظر فى تطور فكرة المسئولية : مارتى ورينو ج٢ بند ٣٥٨ وبند ٣٦٩ — والمراجع التى أشار إليها المؤلفان — حشمت أبو ستيت بند ٤٢٠ ص٣٩٣ — سليمان مرقس دروس الدكتوراه ص٥٢ بند ٣٨ — ومصادر الالتزام بند ٣٧٢ ص ٤٨٦ — أنور سلطان ص ٤٦٩ بند ٤١١ وما بعده — عبد المنعم الصدة ص ٤٤٦ بند ٤١١ وما بعده — عبد الحى حجازى موجز النظرية العامة للالتزام (المصادر غير الإرادية) طبعة ١٩٦٣ ص ٧ بند ٧] .

والنظام . ومن ثم كانت الأعمال التى تستوجب تدخل الدولة محدودة محصورة لا تنتظمها قاعدة عامة . على أن هذه الأعمال أخذ عددها يزيد بالتدريج فى خلال القرون ، وأخذ كل عمل يتسع نطاقه . وأهم مثل لذلك الجريمة التى كان قانون أكيليا (Aquilia) ينص عليها . فقد كانت هذه الجريمة محددة تحديداً ضيقاً ، فلا تشمل إلا بعض أنواع التلف التى تقع على بعض الأشياء . ثم اتسع نطاقها بالتدريج حتى شمل كل أنواع التلف وحتى عم جميع الأشياء ، على أن يكون كل من العمل والتلف مادياً وأن يكون الشىء الذى يقع عليه التلف مادياً وأن يقع التلف على ذات الشىء (corpore corpori) . فإذا كان العمل الذى وقع عليه الشىء غير مادى ، كإحداث صوت يذعر من سماعه حيوان فيجفل ، أو وقع عمل مادى على الشىء ، ولكن لم يصبه بتلف مادى ، كإطلاق حيوان من عقاله فيهرب ، كانت شروط الجريمة غير متوافرة . ثم تحللت الجريمة من هذه القيود المادية ، ولكن بقيت شروط أخرى ، ولم يصل الرومان إلى التعميم الكامل . وتلى هذه الجريمة فى التعميم جريمة الغش (dol) . وتلى ذلك أعمال ألحقت بالجرائم (quasi delits) فأصبحت ترتب المسئولية على غرارها . ولكن الرومان لم يصلوا فى وقت ما إلى وضع قاعدة عامة تجعل كل خطأ يحدث ضرراً يوجب التعويض .

ثانياً — ولم يكن جزاء هذه الأعمال المحددة التى ترتب المسئولية تتمحض تعويضاً مدنياً . بل إن فكرة العقوبة الجنائية بقيت تتخلل فكرة التعويض المدنى كأثر من آثار الماضى وقت الأخذ بالثأر ودفع الدية .

ثالثاً — ولم تظهر فكرة الخطأ كأساس للمسئولية إلا بالتدريج . فلم يكن الخطأ فى بادىء الأمر مشترطاً . بل كان الضرر هو الشرط البارز . ثم أخذت فكرة الخطأ تظهر شيئاً فشيئاً . أما فى الأعمال التدليسية أى الغش فإن فكرة الخطأ ظهرت بوضوح حتى استغرقت فكرة الضرر .

٥١٨ — القانون الفرنسى القديم : يرجع إلى القانون الفرنسى القديم ، فى تطوراته

المتعاقبة وتحت تأثير القانون الكنسى ، الفضل فى تمييز المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ، ثم فى تمييز المسئولية التقصيرية عن المسئولية العقدية . والغريب أن فقهاء القانون الفرنسى القديم فعلوا ذلك ، فى بعض منه ، عن طريق تفسير القانون الرومانى تفسيراً خاطئاً ، فإن هذا القانون لم يصل فى أبعد مدى من تطوره إلى هذا التمييز على نحو واضح . ونستعرض الخصائص الثلاث التى أثبتناها للقانون الرومانى لنرى ماذا صارت إليه فى القانون الفرنسى القديم .

أولا — انتهت القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية إلى أن توضع وضعاً واضحاً صريحاً. وضعها دوما (Domat) أكبر فقيه فى القانون الفرنسى القديم ، فى كتابه المعروف « القوانين المدنية (Lois civiles) على النحو الآتى : « كل الخسائر والأضرار التى تقع بفعل شخص ، سواء رجع هذا الفعل إلى عدم التبصر أو الخفة أو الجهل بما تنبغى معرفته أو أى خطأ مماثل ، مهما كان هذا الخطأ بسيطاً . يجب أن يقوم بالتعويض عنها من كان عدم تبصره أو خطأه سبباً فى وقوعها[1] .

ثانياً — وتمحض جزاء المسئولية تعويضاً مدنياً لا تتخلله فكرة العقوبة الجنائية ، على الأقل فيما يتعلق بالضرر الذى يقع على المال . أما الضرر الذى يقع على النفس أو الشرف فبقى الجزاء عليه يحمل أثراً من فكرة العقوبة ، يتمثل فى أن دعوى التعويض تنتقل بعد موت الدائن لا إلى ورثته بل إلى أقاربه الأدنين إذ هم أصحاب الثأر .

ثالثاً — وظهرت فكرة الخطأ واضحة وضوحاً تاماً كأساس للمسئولية التقصيرية . بل إن الخطأ العقدى ميز تمييزاً واضحاً عن الخطأ التقصيرى وعن الخطأ الجنائى كما تقدم القول . وهذا ما يقوله دوما فى هذا الصدد : « يمكن التمييز ، فى الخطأ الذى يكون من شأنه أن يحدث ضرراً ، بين أنواع ثلاثة : خطأ يتعلق بجناية أو بجنحة — وخطأ يرتكبه

---

(١) "Toutes les pertes et tous les dommages qui peuvent arriver par le fait de quelques personnes, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce qu'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparés par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu".

الشخص الذى يخل بالتزاماته العقدية ، كما إذا لم يسلم البائع الشىء المبيع أو لم يقم المستأجر بالترميات التى التزم بها — وخطأ لا علاقة له بالعقود ولا يتصل بجناية أو بجنحة ، كما إذا ألقى شخص عن رعونة شيئاً من النافذة فأتلفت ملابس (أحد المارة) ، وكما إذا أحدث حيوان ضرراً وكانت حراسته غير محكمة ، وكما إذا أشعل شخص حريقاً عن تقصير منه ، وكما إذا آل بناء إلى السقوط بسبب عدم ترميمه فوقع على بناء آخر وأحدث به ضرراً »(١).

٥١٩ — *التقنين المدنى الفرنسى* : وقد ظهرت هذه الخصائص الثلاث بوضوح فى التقنين المدنى الفرنسى . فقد صارت المسئولية التقصيرية فى هذا التقنين قاعدة عامة ، وتميزت عن المسئولية الجنائية ، وقامت على أساس الخطأ .

وقد نصت المادة ١٣٨٢ من هذا التقنين على أن « كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير يلزم من وقع بخطئه هذا الضرر أن يقوم بتعويضه » . ثم نصت المادة ١٣٨٣ على ما يأتى : « كل شخص يكون مسئولاً عن الضرر الذى يحدثه لا بفعله فحسب ، بل أيضاً بإهماله أو بعدم تبصره » . ويبدو أن واضعى التقنين الفرنسى قصدوا النص على الأعمال العمدية فى المادة ١٣٨٢ ، وخصصوا المادة ١٣٨٣ للأعمال غير العمدية من إهمال أو عدم تبصر . ولكن نص المادة ١٣٨٢ فيما ورد به من عموم لا يحتمل هذا التحديد ، بل هو شامل لجميع الأخطاء التى تترتب عليها المسئولية التقصيرية ، عمدية كانت أو غير عمدية .

ثم انتقل واضعو التقنين الفرنسى من المسئولية الشخصية إلى المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء . وهذه أيضاً أقاموها على فكرة الخطأ . فنصت المواد ١٣٨٤ — ١٣٨٦

---

(١) "On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelques dommages : celles qui vont à un crime ou à un délit ; celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue, un locataire qui ne fait pas les réparations dont il est tenu : et celles qui n'ont pas de rapport aux conventions et qui ne vont pas à un crime ni à un délit, comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre qui gâte un habit, si des animaux mal gardés font quelque dommage, si on cause un incendie par imprudence, si un bâtiment qui menace ruine, n'étant pas réparé, tombe sur un autre et y fait des dommages".

على المسئولية عن الأولاد والتلاميذ وصبيان الحرفة ، ومسئولية المتبوع عن التابع ، والمسئولية عن الحيوان ، والمسئولية عن البناء . وفى كل هذه النصوص لم يرد واضعو التقنين الفرنسى أكثر من تطبيق مبدأ الخطأ على حالات معينة ، هى الحالات التى يسأل فيها الشخص لا عن عمل صدر منه شخصياً ، بل عن عمل أتى به آخر فى رقابته أو حدث من شىء تحت يده . ولكن مسئوليته فى كل هذه الحالات تقوم على خطأ منسوب إليه شخصياً ، فقد قصر فى رقابة الغير أو أهمل فى حراسة الشىء .

٥٢٠ — **تطور المسئولية التقصيرية منذ التقنين المدنى الفرنسى — نظرية تحمل التبعة** (risque) : وقد تطورت المسئولية التقصيرية منذ صدور التقنين الفرنسى تطوراً عميقاً . ودار تطورها حول فكرة الخطأ . فأخذت هذه الفكرة تضعف شيئاً فشيئاً حتى كادت تختفى فى بعض الحالات . تارة تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً قابلا لإثبات العكس . وطوراً تحت ستار الخطأ المفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، بل حتى اختفت تماما وأخلت مكانها لنظرية تحمل التبعة (risque) . وكان الفقه هو الرائد لهذا التطور . أمسك زمامه فى يده ، وسبق إليه القضاء . وسار القضاء وراء الفقه بخطوات مترددة ، ولم يشأ أن يسير الشوط إلى نهايته ، فوقف عند الخطأ المفروض ، ولم يجاوزه إلى مسئولية لا تقوم على خطأ أصلا بل على محض تحمل التبعة .

ونفصل ما أجملناه :

كان للتطور الاقتصادى السريع منذ القرن التاسع عشر أكبر الأثر فى تطور نظريات المسئولية التقصيرية . فقد تقدمت الصناعة تقدماً عظيما باستحداث الآلات الميكانيكية وشتى وسائل النقل . ونجم عن ذلك أن أصبح الخطر الكامن فى استعمال هذه المخترعات أقرب احتمالا وأكثر تحققاً مما كان عليه الأمر فى الماضى . فعاد ركن الضرر فى المسئولية التقصيرية إلى البروز حتى كاد يغطى على ركن الخطأ . وبدأ تطور المسئولية يرجع إلى نقطة الابتداء حيث كان المعيار مادياً لا شخصياً .

وكان الفقه أول من استجاب لهذا التطور ، متأثراً بعاملين : أولهما على هو ما نشرته المدرسة الوضعية (école positiviste) الإيطاليـة بزعامة فرى (Ferri) من وجوب التعويل على الناحية الموضوعية لا على الناحية الذاتية ، حتى فى المجرم نفسه ، فيعاقب لا بالنظر لما يستحقه لشخصه ، بل بالنظر لما تقتضيه حماية المجتمع . وإذا أمكن القول بالنظرية الموضوعية فى القانون الجنائى ، فأولى بالقانون المدنى أن يكون الميدان الخصب لهذه النظرية . والعامل الثانى عملى ، يرجع إلى ازدياد مخاطر العمل زيادة كبيرة من شأنها أن تجعل عسيراً على العامل فى الـكثرة الغالبة من الأحوال أن يثبت الخطأ فى جانب رب العمـل حتى يستطيع الرجوع عليه بالتعويض .

حاول الفقه فى البدء أن يعالج الأمر عن طريق الاحتيال على بعض نصوص التقنين المدنى الفرنسى . فشبه الآلات بالبناء ، وما دام يكفى فى البناء إثبات العيب حتى يـكون صاحبه مسئولا . كذلك الآلات إذا أثبت العامل عيباً فيها كان رب العمل مسئولا عما تحدثه الآلات المعيبة من الضرر . ولـكن تيسير الإثبات على هذا النحو لم يكن كافياً . فإن الصعوبة فى إثبات العيب فى الآلة تكاد لا تقل عن الصعوبة فى إثبات الخطأ فى جانب رب العمل . ثم لجأ الفقه إلى طريقة أخرى ، فجعل رب العمل مسئولا مسئولية عقدية عن سلامة العامل بموجب عقد العمل ذاته . ولـكن القضاء لم يماش الفقه فى استخلاص التزام من عقد العمل بضمان سلامة العامل .

ومذ رأى الفقه أن هذه المحاولات لم تجد نفعاً . واجه الصعوبة من طريق مباشر . فنادى بأنه ليس من الضرورى أن يكون الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية ، ويجوز أن تقوم هذه المسئولية لا على فـكرة الخطأ بل على فـكرة الضرر وتحمل تبعته . وهذه هى نظرية تحمل التبعة . فمن خلق تبعات يفيد من مغانمها ، وجب عليه أن يحمل عبء مغارمها . وقد قام على رأس الفقهاء ، ينادى بهذه النظرية ، سالى وجوسران ، وبنياها على تفسير جديد محور للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى . فذهبا إلى أن المشرع الفرنسى لا يشترط ركن الخطأ فى المادة ١٣٨٢ إذ يقول : « كل عمل أياً كان يوقع ضرراً بالغير ..»

« "Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage"
وأنه رسم قاعدة عامة فى المسئولية عن الأشياء فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ إذ يقول :
« يكون الشخص مسئولا ... عن الضرر ... الذى يحدث بفعل الأشياء التى هى فى
حراســـته » . "On est responsable... du dommage... qui est causé par le
fait des choses que l'on a sous sa garde" على أن الفقهاء لم يعتمدوا على النصوص
وحدها ، بعد تحويرها هذا التحوير الذى لم يخطر ببال المشرع الفرنسى وقت وضع التقنين ،
بل اعتمدوا فوق ذلك على صياغة نظرية فقهية كاملة أسموها « نظرية تحمل التبعات
المستحدثة » (théorie des risques créés) أو النظرية الموضوعية (théorie objective)
يقابلون بها النظرية الشخصية (théorie subjective) التى تقوم على فـكرة الخطأ . وقالوا
إن النظرية الشخصية لم تعد تتفق لا مع المنطق ولا مع التطور الاقتصادى . فهى أولا
تصطدم مع المنطق ، فمنذ انفصلت المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ، وأصبح التعويض
المدنى لا دخل للعقوبة فيه ، لم يعد هناك معنى لاستبقاء الخطأ أساساً للمسئولية المدنية ،
ويجب أن يكون أساس هذه المسئولية الضرر الذى يستوجب التعويض ، لا الخطأ الذى
يقتضى العقوبة . وهى بعد ذلك تصطدم مع التطور الاقتصادى ، وذلك منذ أصبحت المخترعات
الحديثة مورد رزق كبير ومصدر خطر جسيم . فما دام الشخص ينتفع بالشىء فمن العدل أن
يحمل تبعته ، والغرم بالغنم . وإذا كانت المسئولية الشخصية تصلح فى نظام اقتصادى يقوم
على الزراعة . ففى نظام اقتصادى قوامه الصناعة لا تصلح إلا المسئولية الموضوعية . فالواجب
إذن فى رأى هؤلاء الفقهاء هجر المسئولية الشخصية إلى المسئولية الموضوعية ، أى هجر
المسئولية القــائمة على خطأ ولو كان مفروضاً إلى المسئولية المجردة عن أى خطأ . ويوجه
هذا النظر أساس معقول يقوم على الاعتبار الآتى : يقع ضرر لا بخطأ من أحد ، فمن الذى
يجب أن يتحمل هــذا الضرر ؟ أيتحمله المضرور وهو الذى خضع لتبعة لم يكن له يد فى
إيجادها وليس هو الذى يفيد منها . أم يتحمله محدث الضرر وهو الذى أوجد هذه التبعة
وهو الذى يفيد منها ؟ أضف إلى ذلك أن العلاقات المدنية أصبحت الآن علاقات مالية

أكثر منها علاقات شخصية . وليس يرهق صاحب المصنع أن يحمل عن عماله عبء ما يصيبهم من ضرر . فإن هذا يدخل فى مخاطر صنعته ، وهو أقدر من العامل على مواجهة هذه المخاطر ، وبحسبه أن يلجأ إلى التأمين لمصلحة عماله ، فإن ذلك لا يبهظه ، بل هو يحقق به معنى التضامن الاجتماعى . ومن هنا يمكن تحديد نطاق للنظرية الموضوعية : عمل كثير الأخطار ، كبير المنفعة ، يسهل التأمين فى شأنه . هذه هى العناصر الثلاثة التى إذا اجتمعت جعلت تطبيق النظرية الموضوعية أمراً ميسوراً . لا عنت فيه ولا إرهاق .

والفرق الجوهرى ما بين المسئولية الشخصية والمسئولية الموضوعية هو أن الأولى تقوم على الخطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفروضاً . ولو كان هذا الفرض غير قابل لإثبات العكس . فأساس المسئولية الخطأ لا الضرر ، والمسئول هو الحارس لا المنتفع . أما المسئولية الموضوعية فتقوم على الضرر لا على الخطأ ، والمسئول هو المنتفع لا الحارس . ويترتب على ذلك أن المدين فى المسئولية الشخصية ، إذا كانت المسئولية قائمة على خطأ واجب الإثبات ، يستطيع أن يدفعها عن نفسه إذا عجز الدائن عن إثبات خطأ فى جانبه . فإذا كانت المسئولية قائمة على خطأ مفروض فرضاً يقبل إثبات العكس . استطاع أن يدفعها بإثبات أنه لم يخطىء . فإن كان فرض الخطأ لا يقبل إثبات العكس ، استطاع المدين أن يدفع المسئولية بإثباته السبب الأجنبى . فالمدين يستطيع دائماً أن يدفع المسئولية الشخصية عن نفسه : إما بنفى الخطأ فى ذاته ، وإما بنفيه كسبب للضرر الذى وقع . أما المسئول فى المسئولية الموضوعية فلا يستطيع دفع هذه المسئولية حتى لو نفى الخطأ . وحتى لو أثبت السبب الأجنبى . فما دام الضرر قد وقع من جراء نشاطه . ولو بغير خطأ منه ، فهو المسئول عنه .

هذا هو ما انتهى إليه فقه النظرية الموضوعية فى أوج انتشارها . ولكن ما لبث الفقه أن تحول عنها شيئاً فشيئاً . ووجد غناء فى نظرية الخطأ المفروض . ولم يبق ثابتاً على النظرية فى معناها الواسع الشامل إلا قلة من الفقهاء . فيهم جوسران وديموج وسافاتييه . وكان السبب فى وقوف الفقه عن المضى فى النظرية الموضوعية موقف كل من التشريع والقضاء فى فرنسا .

أما التشريع الفرنسى فقد حدد نطاقاً ضيقاً للنظرية الموضوعية . وبقى بعيداً عن أن يأخذ بها كقاعدة عامة . فقد اقتصر على الأخذ بها فى بعض نواحى النشاط وما يتولد عنها من تبعات . أخذ بها فى تبعات الحرفة (risque professionnel) وذلك فى تشريع العمال الذى صدر فى سنة ١٨٩٨ ، ثم امتد بتشريعات متعاقبة من الصناعة إلى التجارة ، ثم إلى الزراعة ، ثم إلى الخدمة المنزلية . وأدمجت كل هذه التشريعات فى تشريع موحد صدر فى ١٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ ، ثم فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ . والتشريع يرتب المسئولية على مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل بضرر فى أثناء عمله أو بمناسبة هذا العمل حكم له بتعويض جزافى (forfaitaire) لا يصل إلى التعويض الكامل. ولا تنتفى المسئولية عن رب العمل حتى لو أثبت الحادث الفجائى أو خطأ المضرور أو عمل الغير ، وإنما تنتفى بإثبات القوة القاهرة . وأخذ المشرع الفرنسى بالمسئولية الموضوعية أيضاً فى « تبعات الطيران » (risque de navigation aérienne) ، فقد صدر تشريع فى سنة ١٩٢٤ يجعل المنتفع بالطيارة مسئولا عن كل ما تحدثه طيارته من أضرار . ولا تنتفى المسئولية حتى لو أثبت المسئول القوة القاهرة أو الحادث الفجائى أو عمل الغير ، وإنما تنتفى بإثبات خطأ المضرور . وأخذ المشرع الفرنسى بالمسئولية الموضوعية أخيراً فى « تبعات التضامن الاجتماعى » (risque social) . من ذلك أن تشريعاً صدر فى سنة ١٨٩٥ يجعل الدولة مسئولة عن تعويض المحكوم عليه فى جنحة أو جناية فى الأحوال التى يجوز له فيها طلب مراجعة القضية (demande en révision) ويثبت عند المراجعة أنه برىء (أنظر المادة ٤٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسى) . وهذه مسئولية موضوعية عن تبعات الأخطاء القضائية (erreurs judiciaires) . ومن ذلك أيضاً أن تشريعاً صدر فى سنة ١٩١٩ وآخر فى سنة ١٩٢١ يوجبان تعويض ضحايا الحرب وضحايا مصانع الذخيرة فى أحوال معينة . وهذه مسئولية موضوعية عن تبعات الدفاع الوطنى (défense nationale) . ولا يزال أنصار المسئولية الموضوعية ينظرون إلى هذه التشريعات المختلفة فى كثير من التفاؤل . فهذه تبعات الحرفة ، وتبعات الطيران ، وتبعات التضامن الاجتماعى ، قد رتب

المشرع المسئولية عليها جميعاً . فليس بعيداً أن يرتب المسئولية بعد ذلك على « تبعات الملكية » (risque de propriété) . ثم على تبعات النشاط بوجه عام (risque d'activité) حتى يستكمل بذلك جميع الصور فى « تبعات الخطر المستحدث » (risque créé) . ولكننا لا نزال بعيدين كثيراً فى ميدان التشريع عن استغراق كل هذه الصور . بل إن أهم صورة فيها ، وهى صورة تبعات الحرفة ، ليست تسجيلا كاملا للمسئولية الموضوعية ما دام المضرور لا ينال تعويضاً شاملا عن كل ما لحقه من الضرر . ثم إن المشرع الفرنسى قد أصدر ، من جهة أخرى ، تشريعات هى نفى صريح للمسئولية الموضوعية ، بل ورجوع عن الخطأ المفروض إلى الخطأ الواجب الإثبات[1] .

وأما القضاء الفرنسى فلم يسلم بالمسئولية الموضوعية . بل هو يشترط دائماً أن تقوم المسئولية على الخطأ . ولكنه سار شوطاً بعيداً فى جعل هذا الخطأ مفروضاً فى أحوال كثيرة . وسنرى ذلك تفصيلا عند الكلام فى المسئولية عن الأشخاص وعن الأشياء . واستعان القضاء الفرنسى . إلى جانب الخطأ المفروض فى المسئولية التقصيرية . بالمسئولية العقدية فى بعض الحالات ، وذلك عن طريق استخلاص التزام بضمان السلامة (obligation de sécurité) فى بعض العقود وبخاصة فى عقد النقل . ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء الفرنسى ثبت على فكرة الخطأ أساساً للمسئولية التقصيرية ، ولم يحد عن ذلك إلى نظرية تحمل التبعة . وهو مع ذلك قد وصل إلى كثير من النتائج العملية التى تقول بها أنصار المسئولية الموضوعية . وذلك عن طريق الخطأ المفروض .

---

(١) من ذلك قانون ٥ إبريل ١٩٣٧ ويتعلق بمسئولية المعلمين عن تلاميذهم ، وقد ألغى به قانون ٢٠ يولية سنة ١٨٩٩ . وقد استبقى هذا القانون مسئولية الدولة قائمة مكان مسئولية المعلمين ، ولكنه تطلب لتحقق هذه المسئولية إثبات خطأ فى جانب المعلم بعد أن كان هذا الخطأ مفروضاً .

ومن ذلك أيضاً قانون ٧ نوفبر سنة ١٩٢٢ يستثنى فيه من المادة ١٣٨٤ — بعد أن سلم أن هذه المادة تقيم المسئولية عن الأشياء على خطأ مفروض — حالة الحريق ، فجعل المسئولية فيها تقوم على خطأ واجب الإثبات .

٥٣١ — **المسئولية التقصيرية فى التقنين المصرى القديم** : وقد أخذ التقنين المصرى القديم قواعد المسئولية التقصيرية عن القانون الفرنسى فى وقت كان القضاء الفرنسى فيه قد بدأ يأخذ بالخطأ المفروض . فوضع القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية ، وأقامها على خطأ واجب الإثبات . إذ نص فى المادة ٢١٢/١٥١ على ما يأتى : « كل فعل نشأ منه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر » . ثم عرض لحالات الخطأ المفروض على غرار القانون الفرنسى ، فأكل نص المادة ٢١١/١٥١ بما يقرر مسئولية المكلف بالرقابة عمن هم تحت رعايته . وأقام هذه المسئولية على خطأ مفروض ، إذ قضى فى عبارة غامضة بما يأتى : «وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشىء عن إهمال من هم تحت رعايته أو عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم» ، ثم انتقل إلى مسئولية المتبوع عن التابع (م١٥٢/٢١٤) ، فالمسئولية عن الحيوان (م ٢١٥/١٥٣) . فبنى المسئولية فى هاتين الحالتين أيضاً على خطأ مفروض . ولم ينقل عن التقنين الفرنسى النص الخاص بالمسئولية عن البناء[١] . كذلك لم ينقل عن القضاء الفرنسى المسئولية عن الأشياء على الوجه الذى استقر عليه هـذا القضاء أخيراً فى تفسيره للفقرة الأولى من المـادة ١٣٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى ، إذ لم يكن هذا القضاء وقت ظهور التقنين المصرى القديم قد استقر على هذا التفسير .

أما نظرية تحمل التبعة فلم يأخذ بها التقنين المدنى القديم . وإذا كان بعض الفقهاء فى مصر نادى بوجوب الأخذ بها[٢] . فإن القضـاء المصرى فى أحكامه ، عدا النذر

(١) [وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه إذ قضى بالتعويض للمطعون عليهم عن الأضرار التى لحقت منزلهم قد حمل الطاعنة مسئولية سقوط حائط منزلها دون بيان وجه خطئها فى ذلك مع وجوب هذا البيان عملا بالمادة ١٥١ من القانون المدنى القديم المنطبق على واقعة الدعوى والذى لم يرد فيه نص كالمادة ١٧٧ من القـانون المدنى الجديد تفترض مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدامه من ضرر مالم يثبت أن الحادث لايرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه ، وهذا تشريع مستحدث لا يسرى إلا من تاريخ العمل به ، فإن هذا الحـكم يكون قد خالف القانون وشابه القصور .

(نقض مدنى فى ٢٢/٩٠/١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ١٠ ص ٩٨)] .

(٢) الدكتور عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٧٨١ وما بعدها .

اليسير [1] ، قد قطع فى عدم الأخذ بها . وأعلنت محكمة النقض هـذا فى عبارات واضحة صريحة [2] .

٥٢٢ — **المسئولية التقصيرية فى التقنين المصرى الجديد** : كان التقنين المصرى القديم قد التزم الإيجاز التام فى النصوص التى أوردها فى المسئولية التقصيرية . على النحو الذى رأيناه فيما تقدم . أما التقنين الجديد فقد أورد ، فى هذا الموضوع الكبير الأهمية ، عدداً غير قليل من النصوص ، عالج فيها العيوب الجسيمة التى كانت تشوب نصوص التقنين القديم [3] .

---

(١) انظر فى هذا الأحكام الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للمؤلف ص ٣٨٣ هامش رقم ٢ . وانظر بنوع خاص : محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٩ — محكمة الزقازيق الكلية فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ ص ١٦٩ — محكمة مصر الكلية المختلطة فى ١٧ يونية سنة ١٩٢٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٩٥ .

(٢) وهذا ماقضت به محكمة النقض : « إن القانون المصرى لم يرد فيه ما يجعل الإنسان مسئولا عن مخاطر ملكه التى لا يلابسها شىء من التقصير ، بل إن هذا النوع من المسئولية يرفضه الشارع المصرى بتاتاً ، فلا يجوز للقاضى اعتماداً على المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية أن يرتبه على اعتبار أن العدل يسيغه ، إذ أن هذه المادة لا يصح الرجوع إليها إلا عند عدم معالجة الشارع لموضوع ما وعدم وضعه لأحكام صريحة فيه جامعة مانعة . وإذن فالحكم الذى يرتب مسئولية الحكومة مدنياً عما يحدث لعامل على نظرية مسئولية مخاطر الملك التى لا تقصير فيها والمسئولية الشيئية يكون قد أنشأ نوعاً من المسئولية لم يقرره الشارع ولم يرده ، ويكون إذن قد خالف القانون ويتعين نقضه » (نقض مدنى فى ١٥ نوفبر سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ ص ٤٨٥٠) . وانظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية فى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٢٨ ص ٧٤٥ — استئناف مختلط فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٥٤ — وفى ٢٢ أبريل ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨١ — وفى ١٠ مارس ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٠٩ (تحمل التبعة الاجتماعية) .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « بالغ التقنين السابق فى التزام الإيجاز بصدد الأحكام الخاصة بالعمل الغير المشروع . وليس يخلو هذا الوضع من شىء من الغرابة . ولا سيما إذا روعى أن أحكام المسئولية التقصيرية قد أصابت منذ صدور التقنين المدنى الفرنسى ، وبوجه خاص منذ صدور التقنينات المصرية ، من بسطة النطاق ما يؤهلها لأن تشغل فى تقنين عصرى مكاناً لا يدانيه فى أهميته ما أفرد لها حتى اليوم . وقد عرض المشروع لأحكام العمل غير المشروع فى قسمين رئيسين . أفرد أولها للمسئولية عن الأعمال الشخصية ، وهى المسئولة العامة أصلا ، وقوامها إثبات الخطأ . أما القسم الثانى فقد جمعت فيه أحوال المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء ، =

ويتبين من النصوص التي أوردها التقنين الجديد أمران :

أولا — أن هذا التقنين لم يأخذ بنظرية تحمل التبعة . وقد أحسن في ذلك صنعاً . إذ يجب في هذا الصدد أن يسلك المشرع المصري الطريق الذي سبقه إليه المشرع الفرنسي ، فيصدر تشريعات خاصة في مسائل معينة يقتضي التطور الاقتصادي أن يؤخذ فيها بنظرية تحمل التبعة . فيأخذ بها في هذه التشريعات إلى حد معقول . وهذا هو النهج الذي سار عليه المشرع المصري فعلا . متمشياً في ذلك مع مقتضيات الظروف الاقتصادية للبلاد[1] .

= وهي أحوال تقوم فيها المسئولية على افتراض الخطأ . وقد استهل المشروع القسم الأول بالقاعدة الأساسية في المسئولية عن الخطأ الثابت ، فأفرغها في نص واضح موجز اقتبسه من المشروع الفرنسي الإيطالي . والواقع أن التقنينات اللاتينية ، في هذه الناحية ، أرقى في صياغتها التشريعية من التقنين الألماني . فهذا التقنين ، بدلا من أن يضع مبدأ تنطوي في عمومه جميع التطبيقات التفصيلية للخطأ الشخصي ، يبدأ بطائفة من النصوص تعرض لحالات خاصة ، ومن هذه الحالات يستخلص المبدأ العام . ومذهبه هنا يقربه من مذهب القانون الإنجليزي . ولكنه أخلق بنظام قانوني يقوم على أحكام القضاء ، وعلى التطبيق في المسائل التفريعية ، منه بتقنين يقصد به إلى تقرير مبادىء عامة . ولهذه العلة أعرضت عنه ذات التقنينات التي درجت على استلهام التقنين الألماني ، كتقنين الالتزامات السويسري والتقنين النمساوي المعدل والتقنين البولوني » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٠) .

(١) ومن أهم هذه التشريعات الخاصة التي أصدرها المشرع المصري ، وأخذ فيها بتحمل التبعة بالقدر المعقول ، نذكر ما يأتي :

١ — قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ بشأن إصابات العمل (وقد حل محل القانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦) : ويقضي بأن لكل عامل أصيب بسبب العمل وفي أثناء تأديته ، الحق في الحصول من صاحب العمل على تعويض مقدر في القانون بحسب جسامة الإصابة ، ولا يعفى صاحب العمل من التعويض إلا إذا أثبت أن العامل قد تعمد إصابة نفسه أو أن الإصابة قد حدثت بسبب سوء سلوك فاحش ومقصود من جانب العامل . ولا يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أي قانون آخر ما لم يكن الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل . [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان خطأ رب العمل الذي نشأ عنه الحادث فاحشاً ، فإنه يجوز للعامل المضرور التذرع بالقواعد العامة المسئولية التقصيرية دون التقيد بالالتجاء إلى قانون إصابات العمل (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٢ ص ٢٤٩)] . وإذا كان صاحب العمل مؤمناً على حوادث العمل ، جاز للعامل أن يطالب بحقوقه رب العمل وشركة التأمين معاً متضامنين . وإذا كانت الإصابة الموجبة للتعويض تقتضي قانونا مسئولية شخص آخر خلاف رب العمل ، جاز للعامل أن يطالب بالتعويض رب العمل أو ذلك الشخص الآخر ويحل رب العمل الذي دفع التعويض محل العامل في حقوقه قبل الشخص المسئول ، كما يخصم التعويض الذي يقبضه العامل فعلا من الشخص المسئول ، من التعويض المستحق له قبل رب =

ثانياً : جعل التقنين الجديد المسئولية عن الأعمال الشخصية قائمة على خطأ واجب الإثبات . أما المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء فقد أقامها على خطأ مفروض .

ونحن نساير هذا الترتيب . فنبحث المسئولية التقصيرية فى فصلين :

(الفصل الأول) فى المسئولية عن الأعمال الشخصية .

(والفصل الثانى) فى المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء .

= العمل ، وإذا دفعت شركة التأمين قيمة التعويض فإنها تحل محل صاحب العمل فى حقوقه . وقد فرض القانون رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال ، فقضى على كل صاحب عمل أن يؤمن على حوادث العمل التى يلزم بالتعويض عنها طبقاً للقانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ كما قدمنا) بشأن إصابات العمل ، ولا يجوز تحميل العمال أى نصيب فى نفقات التأمين بأية طريقة كانت . [أما إذا وقع الضرر على غير عامل المصنع وبإهمال من أحد عمال المصنع . فإن قانون إصابات العمل لا يسرى ، وتسرى القواعد العامة فى المسئولية (نقض مدنى ٢٧ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٨ ص ٦٨٩)] .

٢ — قانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٠ بشأن التعويض عن أمراض المهنة : ويلحق أمراض المهنة بإصابات العمل من حيث إلزام صاحب العمل بتعويض مقدر عن هذه الأمراض دون حاجة إلى إثبات خطئه ، ومن حيث فرض التأمين الإجبارى على أصحاب الأعمال .

٣ — قانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٤٢ بشأن التعويض عن التلف الذى يصيب المبانى والمصانع والمعامل والآلات الثابتة بسبب الحرب : وهو قانون مؤقت ، ويخصص للتعويض رأس مال يتكون من موارد متعددة ، أهمها ضريبة تجبى من المنتفعين بهذا القانون (فهو بمثابة تأمين إجبارى) ومبلغ من الميزانية العامة معادل لما يجبى من هذه الضريبة .

٤ — قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٤ بشأن تعويض أفراد طاقم السفن التجارية ضد أخطار الحرب : ويقضى على مالك السفينة ومجهزها ومستأجرها متضامنين بتعويض مقدر لمن يصاب بسبب أخطار الحرب من أفراد طاقم السفينة (الربان وضباط الملاحة والمهندسين البحريين والبحارة وغيرهم ممن يقوم بأى عمل فى السفينة) .

٥ — قانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٨ بشأن تنظيم الإرشاد بميناء الإسكندرية : ويقضى بمسئولية السفينة — فيما عدا حالة الخطأ الجسيم من المرشد — عن كل هلاك أو ضرر يصيب سفينة الإرشاد أثناء عمليات الإرشاد ، ويقضى كذلك بتعويض للمرشد عند اضطراره للسفر مع السفينة بسبب سوء الأحوال الجوية أو بناء على طلب ربان السفينة .

الفصل الأول

المسئولية عن الأعمال الشخصية

٥٢٣ — **مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات** : المسئولية عن الأعمال الشخصية أى عن عمل شخصى يصدر من المسئول نفسه ، هى مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فالخطأ هنا غير مفروض . بل يكلف الدائن إثباته فى جانب المدين . وهذه هى القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية ، لم ينحرف القانون عنها إلى مسئولية تقوم على خطأ مفروض إلا فى حالات معينة حصرتها النصوص .

والمسئولية ، فى قاعدتها العامة ، لها أركان إذا توافرت ترتبت على المسئولية آثارها . فنحن نتكلم فى أركان المسئولية . ثم فى آثار المسئولية .

الفرع الأول

أركان المسئولية التقصيرية

٥٢٤ — **أركان ثلاثة** — تنص المادة ١٦٣ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكب الخطأ بتعويض الضرر » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة تعديلا لفظياً فصارت مطابقة للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبحت المادة ١٦٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٦٣ ، ثم مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٣ — ص ٣٥٦) .

وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « تستظهر المادة ٢٣٠ من المشروع (م ١٦٣ من القانون الجديد) فى عبارة أكثر ما تكون إيجازاً ووضوحاً حكم المسئولية التقصيرية فى عناصرها الثلاثة . فترتب الإلزام بالتعويض على (كل خطأ سبب ضرراً للغير) . فلا بد إذن من توافر خطأ وضرر ثم علاقة سببية تقوم بينهما » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٤) . =

ويتبين من هذا النص أن المسئولية التقصيرية ، كالمسئولية العقدية ، لها أركان ثلاثة : (١) الخطأ (٢) الضرر (٣) علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .

فنتكلم عن هذه الأركان الثلاثة تباعاً .

المبحث الأول

الخطأ (*)

(La faute)

٥٢٥ — مسألتان : نحدد أولا فكرة الخطأ الذى يوجب المسئولية التقصيرية ، ثم نستعرض تطبيقات مختلفة لهذه الفكرة .

= وتقابل المادة ١٦٣ من القانون الجديد المادة ١٥١ من القانون الوطنى القديم والمادة ٢١٢ من القانون المختلط القديم . وهذا نص كل منهما :

م ١٥١ من القانون الوطنى القديم : « كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر ... » .

م ٢١٢ من القانون المختلط القديم : « كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشىء عنه ، ما لم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنة أو لأى سبب آخر » .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٤ (مطابق) — الليبي م ١٦٦ (مطابق) — العراقى م ١٨٦ — ١٩٠ و ١٩٢ — ٢٠٤ (موافق) — اللبنانى م ١٢١ — ١٢٣ (موافق) .

(*) بعض المراجع : رولان (Rolin) فى بعض ملاحظات على الالتزامات الناشئة من الجريمة وشبه الجريمة بروكسل سنة ١٩٢٧ — راتسيرت (Rutsaert) فى أساس المسئولية غير العقدية بروكسل سنة ١٩٣٠ — مارتون (Marton) فى أساس المسئولية المدنية سنة ١٩٣٨ —[اهرنج : فكرة الخطأ فى القانون الخاص (ترجمة مولينار) — باريس ١٨٨٨] .

الرسائل : جرانمولان رسالة من رن سنة ١٨٩٢ — تيسير (Teisseire) رسالة من إكس سنة ١٩٠١ — بسك (Bosc) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٠١ — كوهندى (Cohendi) رسالة من ليون سنة ١٩١٠ — [ديجان (Degand) — رسالة من ليل ١٩١٢] — سافاتييه رسالة من بواتييه سنة ١٩١٦ — بترميه (Bettremieux) رسالة من ليل سنة ١٩٢١ — ليجال (Legal) رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — مينيه (Meignié) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ — ولهم (Wilhem)، =

المطلب الأول

تحديد فكرة الخطأ فى المسئولية التقصيرية

٥٣٦ — آراء مختلفة فى تحديد فكرة الخطأ : تضاربت الآراء فى تحديد معنى الخطأ فى المسئولية التقصيرية[1] . ونستعرض من هذه الآراء أكثرها ذيوعاً ، وهى أربعة :

فرأى شائع بين الفقهاء يقول إن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، أى العمل الضار المخالف للقانون[2] . وهذا رأى لا يقدمنا كثيراً فى تحديد معنى الخطأ ، إذ يبقى أن

= رسالة من مونبلييه سنة ١٩٢٨ — شميت (Schmidt) رسالة من باريس سنة ١٩٢٨ — بران (Brun) رسالة من ليون سنة ١٩٣١ — ديران (Durand) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ — فان رين (Van Ryn) رسالة من بروكسل سنة ١٩٣٣ — فيريه (Fairé) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ — جواتون (Joatton) رسالة من ليون سنة ١٩٣٣ — سليمان مرقس رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ — لمير (Lemaire) رسالة من ليل سنة ١٩٣٥ — ستارك (Starck) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ سبقت الإشارة إليها — هيسون (Husson) رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ — [رابو (Rabut) رسالة من باريس سنة ١٩٤٦] .

المقالات : إعانويل ليفى فى المسئولية والعقد (المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٩ ص ٣٦١ و ص ٣٨٣) — جينى فى تحمل التبعة والمسئولية (المجلة الفصلية سنة ١٩٠٢ ص ٨١٢) — بلانيول فى أساس المسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ٢٧٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠) — جودميه (Gaudemet) تطور حديث فى المسئولية المدنية (المجلة الفصلية سنة ١٩٢٧ ص ٨٩٣) — إسمان فى مبادىء المسئولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٢ ص ٤٥٨) وفى ثلاث مسائل فى المسئولية المدنية (المجلة الفصلية سنة ١٩٣٤ ص ٣١٧) — شوفو (Chauveau) فى مسائل المسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٣ ص ٣٠٦) — سافاتييه فى القواعد العامة فى المسئولية المدنية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٤ ص ٤٩) — مذكرة (لكلير) النائب العام لدى محكمة النقض البلجيكية (نقض ٤ يوليو ١٩٢٩) — باسيكريزى ١٩٢٩ — ١ — ٢٦١] .

(١) [انظر فى صعوبة تعريف الخطأ وفى بيان أسباب التضارب فى تحديد معناه : مازو وربنو ج ٢ بند ٣٩٧ ص ٣٨٥ — دى باج ج ٢ بند ٩٣٩ و ٩٤٠ — سليمان مرقس : دروس الدكتوراه فى المسئولية المدنية بند ٨٢ ص ١٠٣ وهوامشها — وانظر بيانا بالتعاريف المختلفة للخطأ فى رسالة رابو (Rabut) : فكرة الخطأ فى القانون الخاص (باريس ١٩٤٨) ص ١٩٩ وما بعدها] .

(٢) انظر المادة ٢١٢ من التقنين المختلط القديم ، وتقول : « كل فعل مخالف للقانون ... » وقد سبق ذكرها . [وانظر فى تعريف الخطأ بأنه الفعل غير المشروع : تعليقاً بإمضاء (د . هـ) على حكم النقض البلجيكى الصادر فى ١٦/١٢/١٩٢٠ — منشوراً فى مجموعة الباسيكريزى البلجيكية سنة ١٩٢١ =

نعرف ما هى الأعمال التى تلحق ضرراً بالغير ويهنى عنها القانون ، وإذا كانت هناك نصوص تعين بعض هذه الأعمال فإن الكثرة الغالبة منها لم يرد فيها نص . فيكون علينا أن نرسم لها ضوابط تعينها ، وهذا ما نتلمسه فلا نجده فى هذا الرأى .

ورأى ثان — قال به الأستاذ بلانيول — يعرف الخطأ بأنه هو الإخلال بالتزام سابق[1] . يبقى هنا أيضاً أن نعرف ما هى هذه الالتزامات التى يعتبر الإخلال بها خطأ . يحاول بلانيول أن يحصرها فى أربعة : الامتناع عن العنف ، والكف عن الغش ، والإحجام عن عمل لم تتهيأ له الأسباب من قوة أو مهارة ، واليقظة فى تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو على الأشياء . وليس هذا تعريفاً للخطأ ، بل هو تقسيم لأنواعه[2] .

ورأى ثالث للأستاذ إيمانويل ليفى يقول إن تحديد الخطأ يقتضى التوفيق ما بين أمرين : مقدار معقول من الثقة توليه الناس الشخص فمن حقهم عليه أن يحجم عن الأعمال

= — ١ — ٦٥ — ورسالة ديليانيس عن فكرة العمل غير المشروع (باريس ١٩٥١) وقد سبقت الإشارة إليها — ورسالة داربيلاى (Jean Darbellay) : نظرية عامة فى عدم المشروعية (باريس ١٩٥٥) — وانظر فى نقد هذه الفكرة دى باج جـ ٢ بند ٩٤٠ ص ٨٧٩ — ومارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٩٩ ص ٣٨٨ — ٣٨٩ — وانظر فى عدم المشروعية كركن من أركان المسئولية فى القانون الألمانى والسويسرى : دى باج جـ ٢ بند ٩٤٠ فى نهايته] .

(١) وهذه هى عبارة بلانيول ذاتها :
"La faute est un manquement à une obligation préexistante".

(بلانيول جـ ٢ فقرة ٨٦٣) — [وانظر : سافاتييه فى المسئولية المدنية الطبعة الثانية الجزء الأول بند (٥) وما بعده ، حيث يعرف الخطأ بأنه الإخلال بواجب قانونى محدد — وانظر فى هـذا المعنى فى الفقه المصرى : سليمان مرقس (المصادر طبعة ١٩٦٠) بند ٣٩١ — ٣٩٣ — ودروسه للدكتوراه بند ١١٨ — ١٢٤ ص ٢٣٩ — وانظر فى نقد هذا التعريف : دى باج جـ ٢ بند ٩٣٩ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٩٨] .

(٢) [انظر فى تعداد الواجبات القانونية التى يعد الإخلال بهـا خطأ : سليمان مرقس فى دروسه للدكتوراه بند ١١٩ ص ٢٤١ — ودى باج جـ ٢ بند ٩٤١ — بيدان وروديير جـ ٩ مكرر بند ١٣٩٧ وما بعده — وانظر فى أهمية العادات فى تحديد مضمون هذه الواجبات مرقس : (دروس الدكتوراه) بند ١٢٧ — وبيدان جـ ٩ مكرر بند ١٤٠١ — وانظر فى عدم إمكان حصر هذه الالتزامات أو الواجبات وغموض أسس المحاولات التى بذلت فى تصنيفها : مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٩٨ — دى باج جـ ٢ بند ٩٣٩ و ٩٤١] .

التى تضرّ بهم ، ومقدار معقول من الثقة يوليه الشخص لنفسه فمن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بالغير . فالشخص ما بين الإقدام والإحجام يشق لنفسه طريقاً وسطاً يساير ثقته بنفسه ، ولا يتعارض مع ثقة الناس به . ويدعى هذا المذهب بمذهب الإخلال بالثقة المشروعة (confiance légitime trompée) . وهو كما نرى لا يتضمن ضابطاً يبين هذا الطريق الوسط الذى يعصم الشخص من الخطأ إذا هو سلكه .

ورأى رابع يحلل الخطأ إلى عنصرين ، فهو اعتداء على حق يدرك المعتدى فيه جانب الاعتداء كما يقول ديموج ، أو هو إخلال بواجب يتبين من أخل به أنه أخل بواجب كما يقول سافاتييه ، أو هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهك حرمته أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل كما يقول چوسران . والاعتداء على الحق ، والإخلال بالواجب ، والحق الأقوى أو الحق المماثل ، كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ ، بل هى ذاتها فى حاجة إلى تحديد[1] .

٥٢٧ — *الخطأ له ركنان — ركن مادى وركن معنوى* : والرأى الذى استقر فقهاً وقضاء يقرب معنى الخطأ فى المسئولية التقصيرية من معناه فى المسئولية العقدية . فالخطأ فى المسئولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانونى ، كما أن الخطأ فى المسئولية العقدية هو إخلال بالتزام عقدى . وقد رأينا أن الالتزام العقدى الذى يعد الإخلال به خطأ فى المسئولية العقدية إما أن يكون التزاماً بتحقيق غاية (obligation de résultat) ، وإما أن يكون التزاماً ببذل عناية (obligation de moyen) . أما الالتزام القانونى الذى يعتبر الإخلال به خطأ

---

(١) [انظر فى مارتى ورينو جـ ٢ (بند ٣٩٦) عرضاً تحليلياً للآراء المختلفة فى تعريف الخطأ . ويرى الاستاذان مارتى ورينو أن ثمة قسما من هذه التعاريف ينطوى فى الواقع على استبعاد لفكرة الخطأ إذ يجعل الخطأ مرادفا للمساس بحق الغير ، وهو ما يعتبر صورة مستترة لنظرية تحمل المخاطر . ومن القائلين بهذا الرأى (ليكلير) النائب العام فى بلجيكا — وله فى هذا المقام نظرية مشهورة — ويقرب من ذلك تعريف جوسران للخطأ بأنه انتهاك حق الغير دون مبرر من حق أقوى أو معادل على الأقل . أما القسم الثانى من هذه التعاريف فهو ينطوى على تحديد معنى الخطأ بما يجعل له مضموناً حقيقياً وإيجابياً ، وهذا القسم يتفرع بدوره إلى طائفتين : (إحداهما) ترد الخطأ إلى فكرة خلقية فترى فيه ضرباً من الإثم أو الذنب . ويندرج تحت هذه الطائفة تعريف بلانيول للخطأ بأنه إخلال بالتزام سابق . وأساس هذه الفكرة =

فى المسئولية التقصيرية فهو دائماً التزام ببذل عناية . وهو أن يصطنع الشخص فى سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير . فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب ، وكان من القدرة على التمييز بحيث يدرك أنه قد انحرف ، كان هذا الانحراف خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية[1] .

ومن ثم يقوم الخطأ فى المسئولية التقصيرية على ركنين : الركن الأول مادى وهو التعدى (culpabilité) ، والركن الآخر معنوى وهو الإدراك (imputabilité ، discernement)

§ ١ — الركن المادى : التعدى

٥٢٨ — مقياس التعدى مقياس موضوعى لا مقياس ذاتى : نستظهر مما تقدم أن الخطأ انحراف فى السلوك . فهو تعد يقع من الشخص فى تصرفه ، ومجاوزة للحدود التى يجب عليه التزامها فى سلوكه . فكيف يقع هذا الانحراف ؟ وما هو ضابطه ؟

يقع الانحراف إذا تعمد الشخص الإضرار بالغير — وهذا ما يسمى بالجريمة المدنية (délit civil) — أو إذا هو دون أن يتعمد الإضرار بالغير أهمل وقصر — وهذا ما يسمى بشبه الجريمة المدنية (quasi-délit civil) .

= يقتضى أن يكون مرتكب الفعل واعياً أو مدركا لما يفعل ، وهذا هو المرجع فى تأصيل الركن المعنوى للخطأ — أما (الطائفة الثانية) فترد الخطأ إلى فكرة اجتماعية وترى فيه انحرافاً عن السلوك المعتاد فى الوسط الاجتماعى . ويندرج تحت هذه الطائفة رأى إيمانويل ليفى فى تعريف الخطأ بأنه إخلال بالثقة المشروعة وتعريف هنرى وليون مازو للخطأ بأنه انحراف عن السلوك المعتاد — وانظر أيضاً فى استعراض الآراء الفقهية المختلفة فى هذا الموضوع : حسين عامر فى المسئولية المدنية فقرة ١٨٧ — فقرة ١٩٩] .

(١) [انظر فى تعريف الخطأ بأنه انحراف عن السلوك الواجب : هنرى وليون مازو — فى المسئولية ج ١ بند ٤٣٩ (صحيفة ٤٩٥ من الطبعة الخامسة بمعاونة اندريه تونك) — وانظر أيضاً : هنرى وليون وجان مازو : دروس فى القانون المدنى ج ٢ بند ٤٤٨ — وينضم إليهما فى ذلك دى باج ج ٢ بند ٩٣٩ — ويرى الدكتور مرقس أن هذه النظرية السلوكية ليست إلا صورة للتعبير عن الخطأ بأنه إخلال بواجب قانونى (انظر دروسه فى الدكتوراه ص ٢٤٠ بالهامش — وصحيفة ٢٤١ بند ١١٨ حيث يقول إنه يبين مما ورد فى الوسيط (فقرة ٥٢٧) أن الخطأ هو الإخلال بواجب قانونى مقترن بادراك المخل إياه)] .

أما الضابط فى الانحراف فيتصور أن يرد إلى إحدى وجهتين : وجهة ذاتية (subjectif) أو وجهة موضوعية (objectif) . فيقاس التعدى الذى يقع من الشخص مقياساً شخصياً (in concreto) إذا اخترنا الوجهة الذاتية ، أو مقياساً مجرداً (in abstracto) إذا آثرنا الوجهة الموضوعية .

والمقياس الشخصى يستلزم أن ننظر إلى شخص المتعدى نفسه ، لا إلى التعدى فى ذاته . أو نحن ننظر إلى التعدى من خلال شخص المتعدى . فنبحث هل ماوقع منه يعتبر ، بالنسبة إليه ، انحرافاً فى السلوك ، أى فى سلوكه هو[1] . فقد يكون على درجة كبيرة من اليقظة وحسن التدبير ، فأقل انحراف فى سلوكه يكون تعدياً . وقد يكون دون المستوى العادى فى الفطنة والذكاء ، فلايعتبر متعدياً إلا إذا كان الانحراف فى سلوكه انحرافاً كبيراً بارزاً . وقد يكون فى المستوى العادى المألوف . فالتعدى بالنسبة إليه لا يكون انحرافاً فى السلوك بهذا القدر من البروز أو على تلك الدرجة من الضآلة ، ولكنه انحراف إذا وقع يعتبره جمهور الناس انحرافاً عن السلوك المألوف . والمقياس الشخصى على هذا النحو لا شك فى عدالته . فهو يأخذ كل شخص بجريرته ، ويقيس مسئوليته بمعيار من فطنته ويقظته . وهو فى الوقت ذاته يربط ما بين الخطأ القانونى والخطأ الأدبى . فالشخص لايكون قد ارتكب خطأ قانونياً إلا إذا أحس أنه ارتكب خطأ أدبياً . فضميره دليله ووازعه ، يشعره بما يهم أن يرتكب من خطأ ، ويثنيه عنه ، أو يسجله عليه . ولكن المقياس الشخصى فيه عيب جوهرى لا يصلح معه أن يكون مقياساً منضبطاً وافياً بالغرض . فهو يقتضى أن ننسب الانحراف فى السلوك إلى صاحبه ، فننظر إلى الشخص ، ونكشف عما فيه من يقظة ، وما خلص له من فطنة ، وما درج عليه من عادات ، وهذا كله أمر خفى ، بل لعله أن يكون من الخفاء بحيث يستعصى على الباحث المدقق كشفه . ثم هو بعد ذلك يختلف من شخص

---

(١) [ذهب قلة من الشراح إلى الأخذ بالمقياس الشخصى (ليجال : فى رسالته عن الإهمال وعدم التبصر كمصدر للمسئولية التقصيرية — باريس ١٩٢٢ ص ٧ وما بعدها) . وهذا المقياس مرجوح لأنه يؤدى إلى التشدد مع الشخص الحريص والتسامح مع المهمل ، وهو ما يدل على فساده — انظر مارتى ورينو ج ٢ بند ٤٠٠] .

إلى شخص . فالانحراف عن السلوك المألوف ، تراه الناس فى العادة انحرافاً محققاً ، يكون تعدياً بالنسبة إلى شخص ذى فطنة أو شخص عادى ، ولا يكون كذلك بالنسبة إلى شخص دون الاثنين فى الفطنة . فما ذنب ضحية هذا الانحراف ؟ وما الذى يعنيه — وقد حاق به الضرر — من أن يكون المتسبب فيه شخصاً فوق المستوى العادى أو دون هذا المستوى ؟ وهل التعويض جزاء جنائى ينظر فيه إلى شخص المجرم قبل أن ينظر إلى الجريمة ، فيصيب المجرم فى نفسه قبل أن يصيبه فى ماله ؟ أو هو جزاء مدنى ينظر فيه إلى التعدى قبل أن ينظر إلى المتعدى ، فيصيب المسئول فى ماله قبل أن يصيبه فى نفسه ؟ لا شك فى أن التعويض جزاء مدنى لا عقوبة جنائية . ولا شك كذلك فى أن الدائن بمقتضى العمل غير المشروع ، كالدائن بمقتضى العقد ، لا تعنيه الظواهر النفسية بقدر ما تعنيه الظواهر الاجتماعية . فالخطأ كالإرادة شىء اجتماعى قبل أن يكون ظاهرة نفسية . وكما يقف الدائن فى العقد عند الإرادة الظاهرة يستخلص منها الإرادة الباطنة دون أن يعبأ بما يكنه مدينه من سريرة خفية ، كذلك الدائن فى العمل غير المشروع ينبغى أن يقف عند الانحراف عن السلوك المألوف لا يعبأ بما ينطوى على مدينه من تراخ أو يقظة .

من أجل هذا كله رجح الأخذ بالمقياس المجرد دون المقياس الشخصى . فيقاس الانحراف بسلوك شخص نجرده من ظروفه الشخصية . هذا الشخص المجرد هو الشخص العادى الذى يمثل جمهور الناس[1] . فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة فيرتفع إلى الذروة ، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض . وهو الشخص الذى اتخذناه من

---

(١) [انظر فى ترجيح المعيار المجرد : جينى فى مقاله « المخاطر والمسئوليات » فى المجلة الفصلية ١٩٠٢ ص ٨٣٨ — دى باج جـ ٢ بند ٩٠٧ و ٩٤٤ — بيدان وروديير (الجزء التاسع مكرر) بند ١٣٩٥ — مارتى ورينو بند ٤٠٠ — ويأخذ القضاء الأنجلوسكسونى بمعيار الرجل المعقول (reasonable man) : انظر (مازو) فى المسئولية الطبعة الخامسة جـ ١ بند ٤٤٤ — وفى الفقه المصرى : حشمت أبو ستيت بند ٤٣٣ — سليمان مرقس فى دروس الدكتوراه ص ٢٥١ بند ١٢٥ — وفى المصادر ص ٥١٣ بند ٣٩٤ — وعبد المنعم فرج الصدة بند ٤٢٠ — وانظر أنور سلطان المصادر طبعة ١٩٦٢ بند ٤٢٣ ص ٤٨٥ وهامش (٢) بها — حيث يشير إلى أن المعيار الذاتى يؤخذ به فى الفعل المتعمد بينما يؤخذ بالمعيار المجرد إذا كان الفعل غير عمدى — ثم يستدرك فيقرر أن الأمر لا يختلف حتى لو أخذ بالمعيار المجرد فى شأن الفعل العمدى].

قبل مقياساً للخطأ العقدى فى الالتزام ببذل عناية ، حيث يطلب من المدين فى الأصل أن يبذل عناية الرجل العادى . وهو شخص عرفه القانون الرومانى ، وسماه برب الأسرة العاقل (bon père de famille) . ننظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص العادى ، ونقيس عليه سلوك الشخص الذى نسب إليه التعدى . فإن كان هذا لم ينحرف فى سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادى ، فهو لم يتعد ، وانتفى عنه الخطأ ، ونفض المسئولية عن كاهله . أما إذا كان قد انحرف ، فهما يكن من أمر فطنته ويقظته ، فقد تعدى ، وثبت عليه الخطأ ، وترتبت المسئولية فى ذمته . بهذا وحده يسلم لنا مقياس منضبط صالح واف بالغرض . فلا نحن فى حاجة إلى البحث عن خبايا النفس والكشف عن خفايا السرائر ، ولا المقياس يختلف فى تطبيقه من شخص إلى شخص . بل يصبح التعدى أمراً واحداً بالنسبة إلى جميع الناس ، إذ أن معياره لا يتغير . فإذا جاوز الانحراف المألوف من سلوك الناس صار تعدياً ، يستوى فى ذلك أن يصدر من فطن ذكى أو وسط عادى ، أو خامل غبى . ويصبح الخطأ شيئاً اجتماعياً لا ظاهرة نفسية ، فتستقر الأوضاع ، وتنضبط الروابط القانونية[1] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويغنى لفظ (الخطأ) فى هذا المقام عن سائر النعوت والكنى التى تخطر للبعض فى معرض التعبير ، كاصطلاح (العمل غير المشروع) ، أو (العمل المخالف للقانون) أو (الفعل الذى يحرمه القانون) الخ ... فهو يتناول الفعل السلبى (الامتناع) والفعل الإيجابى ، وتنصرف دلالته إلى مجرد الإهمال والفعل العمد على حد سواء . وغنى عن البيان أن سرد الأعمال التى يتحقق فيها معنى الخطأ فى نصوص التشريع لا يكون من ورائه إلا إشكال وجه الحكم ، ولا يؤدى قط إلى وضع بيان جامع مانع . فيجب أن يترك تحديد الخطأ لتقدير القاضى. وهو يسترشد فى ذلك بما يستخلص من طبيعة نهى القانون عن الأضرار من عناصر التوجيه . فثمة التزام يفرض على الكافة عدم الإضرار بالغير ، ومخالفة هذا النهى هى التى ينطوى فيها الخطأ . ويقتضى هذا الالتزام تبصراً فى التصرف يوجب إعماله بذل عناية الرجل الحريص (اقرأ الرجل العادى) . وقد أقر التقنين النمساوى هذا الضابط التوجيهى إقراراً تشريعياً ، فنص فى المادة ١٢٩٧ على أنه (يفترض فيمن يتمتع بقواه العاقلة أن تتوافر لديه درجة الانتباه والعناية التى تتوقع فى سواد الناس . ويتحقق معنى الخطأ فى كل عمل ينشأ عنه ضرر بحقوق الغير إذا لم يلتزم من وقع منه هذا العمل تلك الدرجة) . وقد عرض التقنين البولونى ، بعد أن وضع المبدأ العام فى المسئولية التقصيرية ، لصورة التحريض والإعانة على الإضرار وصورة الإفادة من الضرر . فقرر فى المادة ١٣٦ مسئولية من يحرض شخصاً آخر على الإضرار بالغير أو يعينه على ذلك ، كما قرر مسئولية من =

ولا نزيد في دفاعنا عن المقياس المجرد — وهو المقياس الذي أخذ به الجمهور من رجال الفقه والقضاء — أن نخفى ما ينطوى عليه من تسليم جزئى بقيام المسئولية على تحمل التبعة (risque). ذلك أن الشخص الذى هو دون المستوى العادى من الفطنة واليقظة ، إذا أخذ بهذا المقياس ، كان عليه أن يتحمل تبعة نشاطه فيما ينزل فيه عن المستوى العادى . فقد يكون استنفد ما وسعه من جهد ، وبذل ما فى طاقته من حرص ويقظة ، ولكن ذلك كله لم ينهض به إلى مستوى الشخص العادى . فيعد انحرافه عن هذا المستوى تعدياً ، ويصبح مسئولا . ومسئوليته هنا إذا كانت تقوم على خطأ قانونى بالنسبة إلى المقياس المجرد ، فهى لا تقوم على أى خطأ بالنسبة إلى المقياس الشخصى ، ومن هنا يجىء تحمل التبعة . فكأن المطلوب من الناس جميعاً ، وهم مأخوذون بهذا المقياس المجرد، أن يبلغوا من الفطنة واليقظة ما بلغ أوساطهم من ذلك . فمن علا عن الوسط كان علوه غنما ، ومن نزل عنه كان نزوله غرماً . هكذا يعيش الإنسان فى المجتمع . وهذا هو الثمن الذى يدفعه للعيش فيه[1] .

= يفيد عن بينة من ضرر يصيب الغير . أما حكم الصورة الأولى ، وهى الخاصة بمسئولية الشريك ، فلا وجه للشك فيه ، لأن الاشتراك فى ذاته يعتبر خطأ مستقلا . ولكن حكم الصورة الثانية لا يزال محلا للنظر من من وجوه ، فإذا لم يكن قد وقع ممن أثرى على هذا النحو خطأ معين ، ولم يجاوز أمره حدود الانتفاع عن بينة من ضرر أصاب الغير ، فلا تجوز مساءلته إلا بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب (انظر المادة ٥٠ من تقنين الالتزامات السويسرى) » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٤ — ص ٣٥٥) .

هذا ويستوى فى وجوب الأخذ بمعيار السلوك المألوف للشخص المعتاد أن يكون العمل غير المشروع فعلا أو تركا . فإذا امتنع شخص عن إنقاذ غريق لأن فى محاولة إنقاذه إلحاق الأذى بنفسه ، لم يكن هذا انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ، فلا يعد الامتناع هنا خطأ . أما إذا كان من الميسور عليه إنقاذ الغريق دون أن يعرض نفسه لأى خطر ، فقد يعتبر الامتناع عن إنقاذه فى هذه الحالة خطأ لأنه انحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد ، وبخاصة إذا وجد نص قانونى مماثل للتعديل الذى أدخله المشرع الفرنسى فى المادة ٦٣ من تقنين العقوبات بالمرسوم الصادر فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٤٥ حيث اعتبر مجرد امتناع الشخص عن مساعدة الغير دون تعرضه شخصياً لخطر ما جريمة (أنور سلطان المصادر طبعة ١٩٦٢ فقرة ٤٢٤ — قرب أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٤٢٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢٢ — وانظر محمد كامل مرسى فى الالتزامات ٢ فقرة ٣٤ مكررة ص ٨٥) . وقد نصت بعض التقنينات الأجنبية صراحة على المسئولية فى حالة الامتناع عن مساعدة الشخص الذى يكون فى حالة خطر : التقنين المدنى البرتغالى م ٢٣٦٨ — التقنين المدنى الهولندى م ٤٠٥ — التقنين المدنى النرويجى م ٣٨٧ .

(١) [على أنه قد يقال أن المقياس المجرد سينتهى إلى أن يعتبر القاضى نفسه المثال النموذجى للرجل العادى مما قد يرتدينا إلى معيار شخصى ، متغير ، غير أنه توجد فى هذا المقام ضمانات تؤدى إلى توحيد المقياس =

٥٢٩ — التجرد من الظروف الداخلية لا من الظروف الخارجية : وهذا المقياس المجرد — مقياس السلوك المألوف من الشخص العادي — قد تجرد كما قلنا من جميع الظروف الذاتية الملابسة لشخص المتعدي ، إذ هي ظروف داخلية متصلة به . فهو مأخوذ بمقياس من السلوك المألوف من الشخص العادي حتى لو كان هو محدود الذكاء ، قليل الفطنة ، ضعيف الإدراك[1] ، وهو مأخوذ به أيضاً حتى لو كان بطيء الحركة ، [illegible] الهمة ، بليد الطبع . وهو مأخوذ به كذلك حتى لو كان عنيف التصرف ، ثائر الطبع ، عصبي المزاج — ولو أن سائق السيارة ليلاً في المدينة كان ضعيف النظر ، أو كان صبياً صغيراً في السن ، أو كان ريفياً لم يتعود القيادة في المدن ، أو كان امرأة لا تضبط أعصابها ، فإن شيئاً من هذا لا يغير من وجه المسألة . فما زال السائق مأخوذاً بمقياس السلوك المألوف من الشخص العادي . والشخص العادي هنا رجل سليم النظر ، تعود القيادة ، يستطيع عند الاقتضاء أن يضبط أعصابه . هذه هي الصفات التي ألفها الناس ، وما تنتظر بحق أن يكون عليها سائق السيارة ليلا في المدينة .

نقول : سائق السيارة ليلا في المدينة . ولم نقل سائق السيارة إطلاقاً دون تحديد . ذلك أن الشخص العادي الذي جعل مقياساً مجرداً ، إذا كنا قد جردناه من جميع الظروف الملابسة لشخص المتعدي إذ هي ظروف داخلية تتصل بهذا الشخص بالذات ، فليس لنا أن نجرده من الظروف الخارجية إذ هي ظروف عامة تتناول جميع الناس[2] . فلا نجرده

= واستوائه : منها نظام تعدد القضاة (حيث يؤخذ به) — وتعدد درجات التقاضي — ورقابة محكمة النقض على تكييف الخطأ — وهكذا يخلص لنا نموذج مجرد يصلح أساساً للقياس (انظر مارتي ورينو بند ٤٠٠ ص ٣٩١ وهامش ٦) — وانظر أيضاً في رقابة النقض في هذا الموضوع : لمير (Lemaire) في الطابع القانوني للخطأ التقصيري ورقابة محكمة النقض عليه (باريس سنة ١٩٣٤) — ذي باج جـ ٢ بند ٩٤٣] .

(١) بحيث لا يصل ضعف الإدراك إلى حد انعدام التمييز ، وإلا انعدم الركن المعنوي للخطأ . وسنرى ذلك فيما يلي .

(٢) [انظر في هذا المعنى : سليمان مرقس في دروس الدكتوراه ص ٢٥٣ بند ١٢٦ — وفي المصادر ص ٥١٥ بند ٣٩٥ و ٣٩٦ — حشمت أبو ستيت بند ٤٣٤ — عبد المنعم الصدة بند ٤٢١ — =

أولا من ظروف الزمان . فهو يسوق السيارة ليلا . وظرف الزمان هذا ظرف عام خارجي لا ينفرد به ، بل يستوى فيه مع سائر سائقى السيارات . ولا نجرده ثانياً من ظروف المكان . فهو يسوق السيارة فى المدينة . وظرف المكان هذا هو أيضاً ظرف عام خارجي كظرف الزمان . وهناك ظروف أخرى خارجية عامة قد تحيط بسائق السيارة ، فيجب [illegible]اد بها ، وعدم التجرد منها . فهو قد يسوق سيارته فى منعطفات ضيقة ، أو فى شوارع [illegible]ة بالناس ، أو على أرض مبللة . ففى مثل هـذه الظروف الخارجية يجب عليه أن يصطنع الحيطة والأناة فى السير . وهو قد يسوق سيارته فى شوارع فسيحة أو فى طرق خالية من الناس ، أو يخترق صحراء فى طريق ممهد . ففى مثل هذه الظروف الخارجية لا ضير عليه إذا هو أسرع .

نستظهر إذن مما قدمناه القاعدة الآتية : إن الشخص العادى ، الذى نجعل سلوكه المألوف مقياساً للخطأ ، يجب أن يتجرد من الظروف الداخلية الذاتية الملابسة لشخص المتعدى دون أن يتجرد من الظروف الخارجية العامة التى تحيط بالتعدى . وأهم الظروف الخارجية العامة التى لا يجوز التجرد منها هى ظروف الزمان وظروف المكان .

وقبل أن نترك هذا الموضوع ، نعود إلى ظروف ثلاثة سبق أن اعتبرناها ظروفاً داخلية شخصية يجب التجرد منها . وهى ظرف السن ، وظرف الجنس ، وظرف الحالة الاجتماعية . فقد أسلفنا أن سائق السيارة . حتى لو كان صبياً أو امرأة أو ريفياً ، يجب أن يقاس سلوكه بسلوك الرجل العادى المجرد من هذه الظروف الثلاثة . وإذا صح هذا النظر فى شأن قيادة السيارة ، حيث لا يختص بهذا العمل الصبيان أو النساء أو الريفيون دون غيرهم ، فإنه لا يصح فى شأن الأعمال التى تعتبر عادة من أعمال الصبيان أو النساء أو أهل الريف. فإن الصبى الصغير إذا لعب مع رفقائه لا ينبغى أن يقاس سلوكه بسلوك الشخص الناضج فى السن . كذلك المرأة إذا باشرت عملا تباشره النساء عادة ، كالتعليم والتوليد والتمريض ، لا يقاس

= أنور سلطان (المصادر ١٩٦٢) بند ٤٢٣ — وانظر فى التفرقة بين الظروف الظاهرة وغير الظاهرة — مازو — جـ ١ — بند ٤٢٩ وما بعده] .

سلوكها فيه بسلوك الرجل . والريفي الساذج ، وهو يعيش في قريته النائية عيشته المألوفة ، لا يقاس سلوكه بسلوك المتحضر المثقف . ذلك أن الصبي الصغير فيما يقوم به من أعمال الصبيان ، والمرأة فيما تباشره من أعمال النساء ، والريفي فيما يسكن إليه من حياة قروية ، ينبغي أن يعتبر كل منهم منتمياً إلى طبقة قائمة بذاتها . فيتجرد ، من كل طبقة من هذه الطبقات الثلاث ، شخص عادي يكون سلوكه المألوف هو المقياس الذي يقاس به جميع الأفراد التي تنتمي إلى هذه الطبقة[1] . فالمقياس المجرد للصبيان ، فيما هو من أعمال الصبيان ، صبي مثلهم ، يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بصبي بالذات . والمقياس المجرد للنساء ، فيما تباشر النساء عادة من أعمال ، امرأة منهن ومن وسطياتهن تتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بامرأة بالذات . والمقياس المجرد لأهل القرى ، فيما يدخل في حياتهم الريفية ، قروي منهم ومن أوسطهم يتجرد عن الظروف الداخلية الشخصية التي تتعلق بقروي بالذات . أما قيادة السيارة فلا تدخل في أعمال الصبيان ولا هي من الأعمال التي تباشرها النساء عادة ، وليست محصورة في أهل القرى . لذلك كانت ظروف السن والجنس والحالة الاجتماعية بالنسبة إليها ظروفاً داخلية شخصية لا ظروفاً خارجية عامة . ومن ثم يتبين أن الظرف الواحد قد يكون ظرفاً داخلياً شخصياً بالنسبة إلى شيء معين ، ثم ينقلب إلى ظرف خارجي عام بالنسبة إلى شيء آخر . وفي هذه النسبية التي نقول بها ما يجعل المقياس المجرد أوفر مرونة وأكثر مطاوعة لمقتضيات الظروف[2] .

---

(١) [قارن حشمت أبو ستيت بند ٤٣٤ ص ٤١١ هامش (١) حيث يرى أن السن والجنس عوامل داخلية لا يعتد بها دائماً عند تقرير الانحراف — وانظر أنور سلطان ص ٤٨٧ هامش (٢) حيث يرى اعتبارها ظروفاً خارجية — ومرقس المصادر ص ٥١٨ ودروس الدكتوراه بند ١٢٦ ص ٢٥٣ وما بعدها] .

(٢) ولا يقتصر تطبيق المقياس المجرد على الخطأ غير العمدي (الإهمال أو التقصير) ففي الخطأ العمدي أيضاً يطبق المقياس المجرد . ولا يكفي لتطبيقه أن يقال إن الشخص العادي في سلوكه المألوف لا يقصد الإضرار بالغير ، فيكون الخطأ العمد انحرافاً عن هذا السلوك المألوف (أنظر مازو ١ فقرة ٤٣٩ — أنور سلطان المصادر طبعة ١٩٦٢ ص ٤٨٥ هامش ٢) . ذلك أن من يتعمد الإضرار بالغير لا يكون مخطئاً في جميع الأحوال . فالتاجر الذي ينافس تاجراً آخر منافسة شريفة لا يكون مسئولا حتى لو تعمد الإضرار بمنافسه . وإنما يكون من يتعمد الإضرار بالغير متعدياً إذا هو انحراف في سلوكه عن السلوك المألوف للشخص العادي . =

٥٣٠ — عبء الإثبات فى ركن التعدى : والتعدى على الوجه الذى بسطناه ، إذا وقع من شخص فألحق ضرراً بآخر ، كان على المضرور عبء إثبات وقوعه من المتعدى . فإن المسئولية هنا قد ترتبت على عمل شخصى صدر من المسئول ، وقد أسلفنا أن المسئولية عن الأعمال الشخصية تقوم على خطأ واجب الإثبات . فعلى الدائن فى هذه الحالة أن يثبت أن المدين قد انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادى ، فترتبت المسئولية فى ذمته[1] . وهذا هو عين ما قررناه فى المسئولية العقدية ، فقد قدمنا أن الدائن فى العقد هو الذى يثبت إخلال المدين بالتزامه العقدى ، كما أن المدين هو الذى يثبت أنه قام بالتزامه[2] . وهنا ، فى المسئولية التقصيرية ، يثبت الدائن أن المدين قد أخل بالتزامه القانونى ، فلم يصطنع الحيطة الواجبة فى عدم الإضرار بالغير ، بأن انحرف عن السلوك المألوف للرجل العادى فألحق الضرر بالدائن[3] .

= فيها نحن هنا نطبق القياس المجرد ، ولا يعنينا عنه قصد الإضرار بالغير . (قرب سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٤٦ — المصادر بند ٤٠١ — دروس الدكتوراه بند ١٣١ ص ٢٦٥ — وانظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٢٣ — وقارن أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٤٣٣) .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسئولية التقصيرية على أن وقوع الحادث للطائرة دون أن يعرف سببه ، لا يلزم منه اعتبار شركة الطيران مرتكبة لخطأ يقتضى الحكم عليها بالتعويض إذ يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذى نشأ عنه الحادث وارتبط معه برابطة السببية ، وأنه متى كان سبب احتراق الطائرة فى الجو غير معلوم ولا يمكن إسناده لعيب معين فى تركيب الطائرة فإن مسئوليتها عن التعويض تعتبر منتفية — فإن هذا التأسيس صالح لإقامة الحكم وكاف فى دفع مسئولية الشركة المذكورة .

(نقض مدنى فى ١٥/٥/١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ٥١ ص ٤٤١) .

وكذلك قضت محكمة النقض بأن الحكومة لا تسأل إن هى قامت بتنفيذ مشروع من المشروعات العامة مثل تحويل ترعه إلى مصرف إلا فى نطاق المسئولية التقصيرية ، فلا تسأل عما يكون قد لحق الأفراد من ضرر بسبب هذا المشروع إلا إذا ثبت أنها ارتكبت خطأ معيناً يكون سبباً لمساءلتها .

(نقض مدنى فى ١٨/١١/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٦ ص ١٢٧)]

(٢) انظر آنفاً فقرة ٤٢٩ .

(٣) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولما كان الأصل =

٥٣١ — حالات ثلاث تجعل التعدى عملا مشروعاً : وإذا أثبت الدائن فى المسئولية التقصيرية وقوع التعدى من المدين ، رجع عليه بتعويض الضرر الذى أحدثه هذا التعدى . إلا أن المدين يستطيع أن يزيل عن التعدى صفة عدم المشروعية ، فيقلبه إلى عمل مشروع لا يوجب مسئوليته ، إذا هو أثبت أنه وقت أن ارتكب هذا العمل كان فى إحدى حالات ثلاث : حالة الدفاع الشرعى (état de légitime défense) ، أو حالة تنفيذ لأمر صادر من الرئيس (exécution d'un ordre émanant d'un supérieur hiérarchique) ، أو حالة الضرورة (état de nécessité) .

وقد عرض التقنين المدنى الجديد لهذه الحالات الثلاث بنصوص صريحة . وهى حالات نقلت عن القانون الجنائى ، وتعتبر هناك أسباباً للاباحة . ونستعرضها هنا فى إيجاز .

٥٣٢ — حالة الدفاع الشرعى : نصت المادة ١٦٦ من التقنين المدنى الجديد على أنه « من أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله ، أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً

= فى المسئولية التقصيرية بوجه عام أن تناط بخطأ يقام الدليل عليه ، لذلك ألقى عبء الإثبات فيها على عاتق المضرور ، وهو الدائن . ويراعى أن المشروع لم يبلغ فى هذه الناحية شأو التقنين السوفييتى فى ابتناء تلك المسئولية على أساس الخطأ المفروض . فقد انتهى هذا التقنين ، تفريعا على ذلك ، إلى تقرير قاعدة أخرى بشأن الإثبات . فقضى فى المادة ٤٠٣ بأن (من أضر بالغير فى شخصه أو ماله يلزم بتعويض الضرر . ويبرأ من التزامه هذا إذا أقام الدليل على أنه لم يكن فى مقدوره أن يتقى هذا الضرر ، أو أنه كانت له سلطة إحداثه قانوناً ، أو أنه حدث من جراء سبق إصرار المضرور أو إهماله الفاضح) . ويراعى من ناحية أخرى أن الشقة بين أحكام المشروع وبين المسئولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة لا تزال أبعد مدى ، مما يفرق تلك الأحكام عن المسئولية على أساس الخطأ المفروض . ذلك أن الأوضاع الاقتصادية فى البلاد لا تقتضى تطوراً يبلغ فى عمقه مثل هذا المدى . وقصارى ما هنالك أن المشروع قنع بتطبيق المسئولية على أساس الخطأ المفروض فى نطاق الأحكام الخاصة بالمسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء . أما المسئولية على أساس تبعة المخاطر المستحدثة فلا يوجد فى شأنها سوى تشريعات خاصة تناولت تنظيم مسائل بلغت من النضوج ما يؤهلها لهذا الضرب من التنظيم » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٥٥) .

[وانظر فى إثبات الخطأ : دى باج ج ٢ بند ٩٣٧ و ٩٤٤ مكرر — بيدان وروديير ج ٩ مكرر بند ١٤٢٦ ص ٢٠ وما بعدها] .

بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « من أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى ، سواء تعلق هذا الدفاع به أو بغيره ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى ذلك القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » . وفى لجنة المراجعة تناقش الأعضاء فيما هو الدفاع الشرعى ، واستقر الرأى على أن الدفاع الشرعى هو المحدد بشروطه فى القانون الجنائى ، وقد أصبح نص المادة النهائى كما يأتى : « من أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى ، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » وأصبح رقمها ١٧٠ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح النص ، فى حالة مجاوزة حدود الدفاع الشرعى ، على أن يكون التعويض بقدر المجاوزة ، فأجيب بأن نص المشروع يفيد هذا المعنى ومن المتفق عليه أن التعويض يقتصر على مقدار المجاوزة فى الدفاع ، وقد وافقت اللجنة على هذا التفسير . ثم استعيضت عبارة « فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو عن غيره » بعبارة « فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله » لإظهار أن الدفاع يشمل المال أيضاً وتمشياً مع الأحكام المقررة فى هذا الشأن فى قانون العقوبات . وأصبح رقم المادة ١٦٦ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦٩ — ص ٣٧٢) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٧٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى .

ولا يوجد مقابل لهذا النص فى التقنين القديم ، ولكن القاعدة كان معمولا بها . والقانون الجديد لم يفعل غير أن قنن أحكام القضاء فى ذلك . ووردت نصوص فى تقنين العقوبات عن الدفاع الشرعى نذكر منها ما يأتى :

م ٢٤٥ عقوبات : « لا عقوبة مطلقا على من قتل غيره أو أصابه بجراح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله » . (وتراجع المواد من ٢٤٦ إلى ٢٥٠ وقد بينت الظروف التى ينشأ عنها هذا الحق والقيود التى يرتبط بها) .

م ٢٥١ عقوبات : « لا يعفى من العقاب بالكلية من تعدى بنية سليمة حدود حق الدفاع الشرعى أثناء استعماله إياه دون أن يكون قاصداً إحداث ضرر أشد مما يستلزمه هذا الدفاع . ومع ذلك يجوز للقاضى إذا كان الفعل جناية أن يعده معذوراً إذا رأى لذلك محلا وأن يحكم عليه بالحبس بدلا من العقوبة المقررة فى القانون » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ولمن أحدث الضرر كذلك أن يتنصل من تبعة عمله ويدفع المسئولية عن نفسه ... إذا أثبت توافر سبب من أسباب الإباحة وهى ثلاثة : الدفاع الشرعى ، وصدور أمر من رئيس ، والضرورة . أما حالة الدفاع الشرعى فقد عرفها التقنينان التونسى والمراكشى فى المادتين ١٠٤ — ٩٥ بأنها (حالة يجبر فيها الشخص على العمل لدرء اعتداء حال غير مشروع موجه إلى شخصه أو ماله ، أو موجه إلى شخص الغير أو ماله) . فمن يقوم بالدفاع الشرعى فى مثل هذه الحالة ، فيحدث ضرراً للمعتدى ، لا يكون مسئولا ، ولا يعتبر ما وقع منه خطأ يوجب =

فالدفاع الشرعى عن النفس أو المال يبيح التعدى ويجعله مشروعاً . ولكن يجب فى ذلك توافر الشروط المعروفة للدفاع الشرعى وهى : (أولا) أن يكون هناك خطر حال على نفس المدافع أو ماله ، أو على نفس الغير أو مال هذا الغير إذا كان عزيزاً عليه إلى درجة كبيرة[1] . ولا يشترط وقوع الاعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفى أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . ويترك هذا لتقدير المدافع متى كان هذا التقدير مبنياً على أسباب معقولة[2] . (ثانياً) أن يكون إيقاع هـذا الخطر عملا غير

= المساءلة . وقد نص التقنين الألمانى صراحة على ذلك ، فقضى فى المادة ٢٢٧ بأن « كل عمل يفرض على الشخص جبراً فى سبيل الدفاع عن النفس لا يعتبر مخالفاً للقانون » . ولم يقتصر القانون البرتغالى على تخويل الشخص حق الدفاع عن نفسه فحسب ، بل جاوز هذه الحدود ، وجعل من ذلك الدفاع واجباً يقع على عاتق من يشهد الاعتداء . وليس هذا الواجب مجرد واجب أدبى ، وإنما هو واجب قانونى تترتب عليه تبعات قانونية . وقد نصت المادة ٢٣٦٨ من هذا التقنين على أن « كل من يمتنع عن مقاومة عمل غير مشروع وكان لا يعرض نفسه لخطر لو أنه قاومه ، يسأل عن التعويض مسئولية احتياطية » . وبديهى أن المسئولية لا ترتفع فى حالة الدفاع الشرعى إلا إذا كان من ألجىء إليه قد اقتصر على القدر اللازم لدفع الخطر فى غير إفراط . فإذا جاوز هـذا القدر اعتبر ما وقع منه من قبيل الخطأ ، وقاسم المعتدى بذلك تبعة خطأ مشترك يتردد بينهما . وفى هذه الصورة يقضى للمضرور بتعويض عادل ولكنه تعويض مخفف يقدره القاضى وفقاً لقواعد الخطأ المشترك » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٨ — ص ٣٧٩) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: السورى م ١٦٧ (مطـابق) — الليبى م ١٦٩ (مطابق) — العراقى م ٢١٢ (موافق) — اللبنانى لا مقابل .

(١) [قضت محكمة النقض بأنه يشترط لنفى المسئولية اعتماداً على حالة الدفاع الشرعى أن يكون الاعتداء المراد دفعه حالا أو وشيك الحلول . وإذن فمتى كان الحكم ، إذ قرر مسئولية الحكومة ونفى قيام حالة الدفاع الشرعى قد أثبت أن البوليس ارتكب خطأ ظاهراً فى محاصرة المتظاهرين فوق أحد الكبارى وكان من المستحيل عليهم الإفلات من القوتين المتقابلتين ، ولم تكن هذه الوسيلة هى الكفيلة بالغرض الذى يجب أن يقصده البوليس من تفريقهم وأنه إذا كان قد حصل اعتداء على بعض رجاله فقد كان مقابل تهجمه على المتجمهرين الفارين أمام البوليس وأن البوليس هو الذى كان البادىء بالاعتداء دون أن يكون لذلك مبرر ، فإن فى هذا الذى قرره الحكم ما يكفى لحمل قضائه فى هذا الخصوص .

(نقض مدنى فى ٢٠/١٠/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٨٦ ص ١٣٨١)] .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط فى القانون لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يكون قد وقع اعتداء على النفس أو المال بالفعل ، بل يكفى أن يكون قد وقع فعل يخشى منه وقوع هذا الاعتداء . وتقدير =

مشروع . فليس لمن ألقى القبض عليه بطريق قانونى أن يقاوم رجال الشرطة بحجة الدفاع الشرعى[١] . (ثالثاً) أن يكون دفع الاعتداء بالقدر اللازم دون مجاوزة أو إفراط . فإن جاوز الشخص حدود الدفاع الشرعى كان متعدياً ، وثبت فى جانبه الخطأ[٢] . ولكن هذا الخطأ من جانب المعتدى عليه يقابله خطأ من جانب المعتدى ، فتكون مسئولية من جاوز حدود الدفاع الشرعى مسئولية مخففة ، والتعويض الذى يدفعه « تراعى فيه مقتضيات العدالة » كما يقضى النص ، وذلك طبقاً لقواعد المسئولية عن الخطأ المشترك ، وسيرد ذكر ذلك .

ومتى توافرت شروط الدفاع ، كان دفع الاعتداء باعتداء مثله لا يعتبر تعدياً ، بل

= الدافع عن الفعل يستوجب الدفاع يكفى فيه أن يكون مبنياً على أسباب معقولة من شأنها أن تبرر ذلك . وما دامت العبرة فى التقدير بما يراه الدافع فى ظروفه التى يكون فيها ، فإن رأى المحكمة وهى تصدر الحكم فى الدعوى يجب ألا يحسب له حساب فى ذلك . وإذن فقول الحكم بأن المتهم لم يصب لا هو ولا أحد من الأهالى بأية إصابة ، وأن قصد العساكر المجنى عليهم من إطلاق النار وتصويب البندقية إليه كان مجرد التهديد — هذا القول على إطلاقه لا يصلح سبباً لنفى ما تمسك به المتهم من أنه كان فى حالة دفاع شرعى ، إذ هو لو كان اعتقد فى الظروف التى كان فيها أن العيار الذى أطلق كان مقصوداً به إصابته أو إصابة أحد ممن كانوا معه بمحل الواقعة لكان اعتقاده له مبرره ولكان كافياً فى تبرير فعل القتل الذى وقع منه (نقض جنائى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ٩٨ ص ٢٢١ — أنظر أيضاً نقض جنائى فى ٥ أبريل ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٧٣ ص ٥٩٣) . وقضت كذلك بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هى أن المتهم لم يطلق المقذوف النارى الذى أصاب المجنى عليه إلا حين رآه عند الفجر فى زراعته يسرى منها فهذا ، متى كانت الإصابة غير مميتة ، مما يسوغ القول بأن المتهم كان فى حالة دفاع شرعى عن ماله (نقض جنائى فى ١٨ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٤٩ ص ٤٦٠) .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه لا قيام لحق الدفاع الشرعى مقابل دفع اعتداء مشروع ، كمن يستعمل حقاً مقرراً بمقتضى القانون فى الحدود التى رسمها ، ومن ذلك الحق المخول لأفراد الناس لمباشرة القبض على متهم شوهد متلبساً بجناية أو جنحة ، مما يجوز فيها الحبس الاحتياطى — كما يجرى بذلك نص المادة ٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية — لتسليمه إلى أقرب رجال السلطة العامة : نقض جنائى فى ٢٤/٤/١٩٦١ مجموعة أحكام النقض (جنائى) السنة ١٢ ص ٥٠٠ رقم ٩٢] .

(٢) [متى ثبت أن المتهم قد تجاوز حدود حق الدفاع الشرعى فإنه يكون مسئولا عن تعويض الضرر الناشىء عن جريمته ويكون الحكم عليه بالتعويض صحيحاً فى القانون: نقض جنائى فى ٦ /٤/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١٠ رقم ٩٠ ص ٤١٥] .

هو عمل مشروع لا تترتب عليه المسئولية . ومن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم . ويمكن تخريج هذا الحكم على أحد وجهين :

(الوجه الأول) أن دفع الاعتداء إذا اعتبر تعدياً فثبت الخطأ فى جانب المعتدى عليه ، فإنه يبقى بعد ذلك أن هذا الخطأ قابله من جانب المعتدى خطأ أكبر منه . إذ كان هو البادىء . والقواعد المعروفة فى نظرية الخطأ المشترك تجعل الخطأ الأكبر يستغرق الخطأ الأصغر . ولكن تخريج الحكم على هذا الوجه لا ينفى التعدى فى جانب المعتدى عليه ، إذ يعتبر دفعه للاعتداء خطأ وإن استغرقه خطأ أكبر منه .

(الوجه الثانى) إن دفع الاعتداء لا يعتبر تعدياً ، وليس هو بخطأ أصغر استغرقه خطأ أكبر منه . بل هو عمل مباح مشروع . وتطبيق المقياس المجرد الذى يقاس به ركن التعدى يؤدى إلى هذه النتيجة . فما هو السلوك المألوف للشخص العادى إذا دهمه خطر ؟ إنه يدفع دون شك هذا الخطر بما وسعه من جهد ، مراعياً فى ذلك تناسباً معقولا بين الخطر الذى يتهدده والوسيلة التى يدفع بها الاعتداء . فإذا لم ينحرف المعتدى عليه عن هذا السلوك لم يكن متعدياً . أما إذا انحرف عنه ، بأن لم يراع التناسب المعقول بين الخطر والوسيلة لدفعه ، اعتبر عمله تعدياً يخفف منه الاعتداء الذى بودىء به طبقاً لقواعد الخطأ المشترك .

ونحن نؤثر هذا التخريج ، لأنه هو الذى يتمشى مع المقياس المجرد لركن التعدى على النحو الذى أسلفناه[1] .

---

(١) أنظر مازو ١ فقرة ٤٨٩ — هنا لو أخذنا بالتخريج الأول ، واعتبرنا دفع الاعتداء خطأ استغرقه خطأ أكبر ، لتعذر تبرير الإعفاء من المسئولية التقصيرية فى حالة الضرورة ، ولكان العمل الضار الذى يقع فى هذه الحالة خطأ قائماً لم يقابله خطأ يستغرقه من جانب المضرور (أنظر فقرة ٥٣٤ فيما يلى) .

[وانظر فى الدفاع الشرعى : مارتى ورينو جـ ٢ بند ٥٠٦ — دى باج جـ ٢ بند ١٠٤٠ وهو يدرجه تحت حالة الضرورة] .

٥٣٣ — حالة تنفيذ أمر صادر من الرئيس : نصت المادة ١٦٧ من التقنين المدنى الجديد على أنه « لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس ، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو كان يعتقد أنها واجبة ، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة »[1].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير ، إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس تجب عليه طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له . ٢ — وعلى من أحدث الضرر أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى قام به ، بأن يقيم الدليل على أنه راعى فى ذلك جانب الحيطة وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة » . وفى لجنة المراجعة أبدلت عبارة « من رئيس تجب طاعته أو من رئيس يعتقد أن الطاعة واجبة له » بعبارة « من رئيس نظامى متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه أو متى كان يعتقد أنها واجبة » ، وذلك لأن الرئيس ليس هو الذى تجب طاعته ، بل الأمر الذى صدر من هذا الرئيس هو الذى تجب له الطاعة . وأصبح رقم المادة ١٧١ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت كلمة « نظامى » لأنها تزيد ، وأدمجت الفقرة الثانية فى الفقرة الأولى بعد أن عدلت على الوجه الآتى : « وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة » . وقد توخت اللجنة فى التعديل ألا تفصل بين شقى الحكم فصلا يثير فى الذهن أن الأمر لا يعدو مجرد الإثبات كما كان يفهم ذلك من النص قبل التعديل ، فالواقع أن المسئولية لا ترتفع إلا إذا توافرت جميع العناصر التى يتضمنها النص » . وأصبح رقم المادة ١٦٧ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٣ — ص ٣٧٦) .

ولم يشتمل التقنين المدنى القديم على نص فى هذه المسألة ، ولكن القضاء كان يسير على مقتضى هذا الحكم لانطباقه على القواعد العامة (أنظر استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧٤ — وفى ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٢١) .

ويشتمل تقنين العقوبات على نص يقابل نص التقنين المدنى الجديد ، هو المادة ٦٣ ، وتجرى على الوجه الآتى :

« لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى فى الأحوال الآتية : (أولا) إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة . (ثانياً) إذا حسنت نيته وارتكب فعلا تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه . وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحرى وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة » .

=

فإطاعة أمر صادر من الرئيس يجعل التعدى عملا مشروعاً بشروط ثلاثة : (أولا) أن يكون من صدر منه العمل موظفاً عاماً[1] . (ثانياً) أن يكون قد صدر له أمر بتنفيذ هذا العمل من رئيس ، ولو غير مباشر ، طاعته واجبة عليه . وليس يكفى أن يعتقد الموظف أن طاعة الرئيس واجبة — وهذا ما كان المشروع التمهيدى للتقنين الجديد يكتفى به — بل يجب إلى ذلك أن يعتقد أن طاعة الأمر ذاته الذى صدر إليه من الرئيس واجبة . فقد يصدر رئيس واجب طاعته إلى مرؤوسه أمراً غير واجب الطاعة ، فلا يجوز للمرؤوس فى هذه الحالة أن ينفذ هذا الأمر غير المشروع ، وإلا كان تعدياً تترتب عليه مسئولية الموظف . مثل ذلك أن يصدر مأمور المركز أمراً لأحد الضباط بالقبض على متهم وحبسه دون أن يستصدر بذلك أمراً من النيابة العامة . (ثالثاً) أن يثبت الموظف أمرين : أولهما أنه كان يعتقد مشروعية الأمر الذى نفذه وأن هذا الاعتقاد مبنى على

= وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وترتفع المسئولية كذلك إذا كان العمل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى لانتفاء الخطأ فى هذه الصورة . ويشترط لإعمال هذا الحكم شرطان : فيجب أولا أن يكون محدث الضرر موظفاً عاماً . ويجب ثانياً أن يكون العمل الضار قد وقع تنفيذاً لأمر صادر من رئيس إدارى ولو لم يكن الرئيس المباشر . وعلى من أحدث الضرر أن يقيم الدليل ، لا على اعتقاده وجوب طاعة هذا الرئيس فحسب (وقد رأينا أن المشروع النهائى جعل الطاعة واجبة أيضاً للأمر الصادر من الرئيس) ، بل وكذلك على اعتقاده وجوب تنفيذ الأمر الصادر منه . وعليه كذلك أن يقيم الدليل على أن اعتقاده هذا كان مبنياً على أسباب معقولة وأنه راعى جانب الحيطة فيما وقع منه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٩) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٨ (مطابق) — الليبى م ١٧٠ (مطابق) — العراقى م ٢١٤ — ٢١٦ (موافق) — اللبنانى لا مقابل .

(١) ولما كان التقنين المدنى القديم لم يشتمل على نص فى هذه المسألة كما قدمنا ، فقد كان القضاء لا يجعل صفة الموظف العام أمراً ضرورياً (استئناف مختلط فى ٣ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٧٤ — محكمة مصر المختلطة فى ٩ مارس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٧ رقم ١٨ ص ٢٤) . وكان يبحث هل الوكيل يكون مسئولا شخصياً وهو ينفذ تعليمات موكله (استئناف مختلط فى ١٧ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٢ — وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٩) ، وهل مدير الشركة يكون مسئولا شخصياً وهو ينفذ قرارات مجلس الإدارة (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص٢٧٩) ، فكان يقضى بأن هؤلاء يكونون مسئولين متى كانوا يعلمون أن العمل الذى ينفذونه هو عمل غيرمشروع .

أسباب معقولة لا على مجرد الظن(١). والثانى أنه راعى فى عمله جانب الحيطة ، فلم يرتكب العمل إلا بعد التثبت والتحرى .

بهذه الشروط وفى هذه الحدود يكون تنفيذ الموظف لأمر غير مشروع عملا مشروعاً لا يوجب مسئوليته ، وإن كان يوجب بطبيعة الحال مسئولية الرئيس الآمر . وهذا الحكم يمكن تخريجه أيضاً بتطبيق المقياس المجرد ، مقياس السلوك المألوف من الشخص العادى . فإن الشخص العادى إذا وجد فى الظروف التى حددتها الشروط المشار إليها لا يجد بداً من تنفيذ أمر رئيسه ، فالموظف إذن لم ينحرف عن السلوك المألوف ، فلا يكون متعدياً ولا تترتب مسئوليته(٢) .

وما يقال فى إطاعة أمر الرئيس يقال أيضاً فى إطاعة أمر القانون. فيكفى أن يكون الموظف العام قد اعتقد بحسن نية أنه قام بالعمل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو لما اعتقد أن إجراءه داخل فى اختصاصه ، وأن يثبت أن اعتقاده هذا مبنى على أسباب معقولة وأنه لم يقدم على العمل إلا بعد التثبت والتحرى ، حتى يكون عمله مشروعاً لأنه لم ينحرف به عن السلوك المألوف للرجل العادى(٣) .

---

(١) وظاهر أنه لو اتضح أن الموظف العام كان يعلم عدم مشروعية العمل الذى ارتكبه ، فإنه يكون مسئولا (استئناف مختلط فى ٢١ يونيه سنة ١٩٢٣ م٣٥ ص٥٢١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم). [وانظر أيضاً نقض جنائى ١١/٤/١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض الجنائية — السنة (١١) ص ٣٣٧ رقم ٦٧ — وانظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ٥٠٥ — دى باج جـ ٢ بند ١٠٣٩] .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ٤٩٧ . [وانظر دى باج جـ ٢ بند ١٠٣٩ حيث يشير إلى فكرة الإكراه الأدبى الذى يمحو حرية الاختيار فى حالة تنفيذ الأوامر] .

(٣) أنظر المادة ٦٣ من قانون العقوبات الفقرة (ثانياً) — وانظر فى الموضوع : استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٦ .

هذا وإذا كان الأمر الصادر من رئيس إدارى يجعل العمل مشروعاً ، فإن الترخيص الإدارى لا يعفى من المسئولية المدنية . فإذا حصل صاحب المصنع على رخصة بإدارة مصنعه بعد استيفائه الشروط المقررة ، فإنه يبقى مسئولا إذا أضر الغير بخطئه ، ولا يستطيع أن يدفع مسئوليته بأنه حصل على ترخيص بإدارة المصنع واستوفى الشروط التى تطلبتها الإدارة (مازو ١ فقرة ٤٩٨) .

٥٣٤ — **حالة الضرورة** : نصت المادة ١٦٨ من التقنين المدنى الجديد على أن « من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر ، محدقاً به أو بغيره ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً »[1] .

= وانظر فى هذا المعنى أيضاً : بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٤٠٣ — ومارتى ورينو جـ ٢ ص ٥٤٨ هامش (١) والأحكام المشار إليها] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « من سبب ضرراً للغير ، وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق يزيد كثيراً على الضرر الذى سببه ، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً » . وأقرت لجنة المراجعة هذا النص ، وأصبح رقمه المادة ١٧٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عدل النص حتى أصبح مطابقاً للنص الوارد فى القانون الجديد ، وأصبح رقمه المادة ١٦٨ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٧ — ص ٣٨١) . وانظر أيضاً فى هذه المسألة المادة ٧٧ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى ، والمادة ٢٢٧ من القانون الألمانى ، والمادة ٥٢ فقرة ٢ من قانون الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٣٠ من القانون البولونى .

ولم يشتمل التقنين المدنى القديم على نص يقابل هــذا النص فى التقنين المدنى الجديد . ولـكن تقنين العقوبات تضمن النص الآتى :

م ٦١ عقوبات : « لا عقاب على من ارتـكب جريمة ألجأته إلى ارتـكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ، ولم يكن لإرادته دخل فى حلوله ولا فى قدرته منعه بطريقة أخرى » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هــذا الصدد ما يأتى : « ويراعى أخيراً أن حالة الضرورة قد تستتبع التخفيف من المسئولية أو محوها . فهى تؤدى إلى التخفيف إذا لم يكن للمضرور نصيب فى قيامها . ويظل محدث الضرر مسئولا فى هذه الحالة ، ولـكنه لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسباً ، باعتبار أنه ألجىء إلى ارتكاب العمل الضار وقاية لنفسه أو لغيره من ضرر محدق أشد خطراً . فهو من هذه الناحية أيسر تبعة وأخف وزراً . أما الغير الذى وقع الضرر وقاية له فيكون مسئولا قبل محدث الضرر أى قبل المضرور وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب . وينبغى التحرز ، فى هذا المقام ، فى التفريق بين حالة الضرورة وبين القوة القاهرة من ناحية ، وبين هذه الحالة وحالة الدفاع الشرعى من ناحية أخرى. ففى حالة الضرورة يكون لمحدث الضرر مندوحة عن إحداثه لو أنه وطن نفسه على تحمل الضرر الذى كان يتهدده . أما القوة القاهرة فهى على النقيض من ذلك تلجىء إلى الإضرار إلجاء لا قبل للفاعل بدفعه . ثم إن الخطر الداهم الذى يقصد إلى توقيه فى حالة الضرر لا يكون للمضرور يد فى إحداثه ويختلف عن ذلك وضع المضرور فى حالة الدفاع الشرعى ، فهو بذاته محدث ذلك الخطر . ويتفرع على ما تقدم أن حالة الضرورة قد تختلط بحالة الدفاع الشرعى إذا كان العمل الضار لم يدفع إليه خطر خارجى ، =

فالشروط التي يتطلبها النص حتى تتحقق حالة الضرورة هي : (أولا) أن يكون الشخص الذي سبب الضرر ، هو أو غيره ، مهدداً بخطر حال . ولا فرق بين خطر يهدد النفس وخطر يهدد المال من حيث المسئولية المدنية . أما المسئولية الجنائية فلا ترتفع إلا إذا كان الخطر يهدد النفس (م ٦١ عقوبات) . (ثانياً) أن يكون هذا الخطر الحال مصدره أجنبي ، فلا يد فيه لمن سبب الضرر ولا لمن وقع عليه الضرر . فإذا كان الخطر مصدره من سبب الضرر فإن إلحاقه الضرر بالغير لكي يتقي خطراً هو الذي جلبه على نفسه يعتبر تعدياً يوجب مسئوليته كاملة[1] . وإذا كان الخطر مصدره هو من وقع عليه

= وإنما استلزمه خطر صادر من المضرور نفسه . في مثل هذه الحالة تنتفي المسئولية بتاتاً ، ويكون للضرورة حكم الدفاع الشرعي من هذا الوجه . وقد لمح التقنين الألماني هذه التفرقة ، فنص في المادة ٢٢٨ على أن « كل من أتلف أو خرب شيئاً مملوكاً للغير لدرء خطر يتهدده أو يتهدد غيره من جراء هذا الشيء لا يعد بذلك مخالفاً للقانون ، متى كان الإتلاف أو التخريب قد استلزمه دفع الخطر وكان الضرر متناسباً مع هذا الخطر . فإذا كان الفاعل قد أحدث الخطر بفعله سئل عن تعويض الضرر » . وقد اتبع التقنين البولوني هذه التفرقة نفسها مع اختلاف في التعبير ، فنص في المادة (١٤٠) على أن « كل من خرب أو أتلف شيئاً مملوكاً للغير أو قتل أو جرح حيواناً مملوكاً للغير وقاية لنفسه أو لغيره من خطر يتهدده أو يتهدد هذا الغير مباشرة من جراء هذا الشيء أو ذاك الحيوان لا يسأل عما يحدث من ضرر ، إذا كان لم يستجلب هذا الخطر ، وكان الفعل الذي ترتب عليه الضرر لازماً » . ويلاحظ أن التقنينين المتقدم ذكرهما يفرقان بين حالة إحداث الخطر من جراء شيء يملكه المضرور وبين حالة إحداث الخطر بخطأ من وقع الضرر منه . في الحالة الأولى تنتفي المسئولية بتاتاً ، في حين أنها تظل في الحالة الثانية كاملة غير منقوصة . على أن المشروع قد عرض لحالة أدق من الحالتين السابقتين ، فواجه صورة من صور الخطر تنجم عن ظروف خارجية لا يكون لمحدث الضرر أو المضرور يد فيها ، وقضى بتخفيف المسئولية في هذه الصورة عوضاً عن الإبقاء عليها أو نفيها في جملتها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٩ — ص ٣٨٠) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٦٩ (مطابق) الليبي ١٧١ (مطابق) — العراقي م ٢١٣ (موافق) اللبناني لا مقابل .

أنظر في حالة الضرورة : مازو ١ فقرة ٤٩٢ — فقرة ٤٩٥ — ديموج ٣ فقرة ٢٤٠ و ٦ فقرة ٦٢٨ وما بعدها — سافاتييه ١ فقرة ٩٨ وما بعدها ، وكذلك مقالا له نشر في مجموعة من الدراسات في القانون المدني لذكرى كابيتان ص ٧٢٩ وما بعدها — ريبير في القاعدة الأدبية في الالتزامات المدنية فقرة ٤٦ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٦٧ — لالو فقرة ٣٠٢ وما بعدها — لالمان **Lallement** رسالة من باريس سنة ١٩٢٢ — أبوف **Aboaf** رسالة من باريس سنة ١٩٤١ — ستارك **Starck** رسالة من باريس سنة ١٩٤٧ ص ٩٧ إلى ١١٦ .

(١) [قضت محكمة النقض بأن حالة الضرورة التي تسقط المسئولية هي التي تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن =

الضرر ، فإن دفع الخطر ولو بإلحاق ضرر بمن كان مصدراً لهذا الخطر يعتبر دفاعاً شرعياً يعفى من المسئولية أصلا . (ثالثاً) أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع . ونرى هنا وجوب التمييز بين فروض أربعة : الفرض الأول أن يكون الضرر الذى وقع لا يعد شيئاً مذكوراً بجانب الخطر المراد تفاديه . فالشخص الذى يخشى الغرق لا يحجم عن إتلاف مال زهيد القيمة ، كأن يقتلع شجرة مملوكة للغير يمسك بها حتى ينقذ نفسه من الغرق . فإذا ارتفع الخطر إلى هذا الحد من الجسامة ، ونزل الضرر إلى هذا الحد من التفاهة ، أمكن القول إن الخطر هنا يعد قوة قاهرة تنفى المسئولية بتاتاً ، فلا يرجع صاحب الشجرة بدعوى المسئولية التقصيرية ، وكل ما يرجع به هو دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها . والفرض الثانى أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد بكثير من الضرر الذى وقع ، وهذا هو الفرض المألوف فى حالة الضرورة . فالشخص الذى يستولى على دواء لا يملكه ، يعالج به نفسه من مرض دهمه ، يتفادى خطر المرض ، وهو فى العادة أشد بكثير من الخسارة التى تصيب صاحب الدواء . ولم يبلغ الخطر منزلة القوة القاهرة — ومن ثم وجب التفريق بين القوة القاهرة وحالة الضرورة — ولكن المريض الذى استولى على الدواء يعتبر فى حالة ضرورة ملحة تعفيه من المسئولية التقصيرية ، وإن كانت لا تعفيه من رجوع صاحب الدواء عليه بدعوى الإثراء بلا سبب . والفرض الثالث أن يكون الخطر المراد تفاديه أشد من الضرر الذى وقع ، ولكنه لم يبلغ حد القوة القاهرة ولا حد الضرورة الملحة . فالشخص الذى يتلف مالاً للغير ذا قيمة لا يستهان بها ، ليطفىء حريقاً شبت فى داره ، لا يعفى من المسئولية التقصيرية جملة واحدة . وتقدر الضرورة بقدرها ، فيلزمه القاضى بتعويض مناسب ، أى بتعويض مخفف ، عن المسئولية التقصيرية — وهذا ما يقضى به النص صراحة — إلى جانب رجوع صاحب المال عليه بدعوى

= لإرادته دخل فى حلوله . من المسلم أنه ليس للانسان أن يرتكب أمراً محرماً ثم يقارف جريمة فى سبيل النجاة مما أحدثه بيده : نقض جنائى فى ١٣ / ٣ / ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١٢ ص ٣٣٠ رقم ٦٣ — وأنظر أيضاً بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٤٠٩ إلى بند ١٤١١ — دى باج بند ١٠٤٠ — ومازو وريتو بند ٥٠٧] .

الإثراء بلا سبب . والفرض الرابع أن يكون الخطر المراد تفاديه مساوياً للضرر الذى وقع ، أو دونه فى الجسامة . وفى هذه الحالة لايجوز لشخص أن يلحق بغيره ضرراً ليتفادى خطراً لايزيد على هذا الضرر . ومن فعل ذلك كان متعدياً ، وتحققت مسئوليته التقصيرية كاملة[(١)] . ونحن فى التمييز ما بين هذه الفروض الأربعة إنما نقيس المسئولية بمقياسها المجرد ، وهو السلوك المألوف للشخص العادى ، فحيث وقع انحراف عن هذا السلوك قامت المسئولية[(٢)].

ولم يقع انحراف فى الفرضين الأول والثانى ، لذلك لم تقم المسئولية . ووقع انحراف فى الفرض الثالث ، ولكن خفف منه قيام الضرورة ، فجاء النص مخففاً للمسئولية . ووقع الانحراف كاملا فى الفرض الرابع ، لم يخفف منه ضرورة تبرره ، فكانت المسئولية من أجل ذلك مسئولية كاملة[(٣)] .

---

(١) نقض أول فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٤٨٨ ص ٩٦٣ — وفى ١٧ نوفبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ ص ٤٦٨ .

(٢) [أنظر أيضاً فى هذه الفروض المختلفة : بيدان وروديير ج ٩ مكرر بند ١٤١٠ و ١٤١١] .

(٣) بقيت مسألة أخيرة فى ركن التعدى ، هى المقارنة ما بين وضعين لا تتحقق المسئولية فى أى منهما مع أنهما وضعان مختلفان. فهناك وضع لم يقم فيه ركن التعدى فانتفى الخطأ ، ووضع انتفت فيه علاقة السببية لقيام السبب الأجنبى . ويخطىء من يظن أن هذين الوضعين متماثلان . لا شك فى أن قيام السبب الأجنبى تنتفى به المسئولية ، فلا محل عندئذ للبحث عما إذا كان هناك خطأ ، فهو حتى إذا كان موجوداً لا تتحقق به المسئولية . ولكن العكس غير صحيح . فإن السبب الأجنبى إذا لم يقم ، بقى محل للبحث هل الخطأ منتف أو موجود .

وتظهر الأهمية العملية لما نقرره فى حالة ما إذا كان الخطأ مفروضاً قابلا لإثبات العكس ، كما فى مسئولية من تولى الرقابة على الغير . فإن المسئول فى هذه الحالة لا يطلب منه إثبات السبب الأجنبى (cause étrangère) ، بل يكفى أن يثبت انتفاء الخطأ (absence de faute) . وهذه مرحلة أيسر فى الإثبات إذ يستطيع من فرض فى جانبه الخطأ أن يثبت أن الطريق الذى سلكه لم ينحرف فيه عن الطريق المألوف الذى يسلكه الشخص العادى ، وبذلك ينتفى الخطأ . أما من يثبت السبب الأجنبى فإنه يثبت أن الطريق الذى سلكه هو الطريق الوحيد الذى كان يتحتم عليه أن يسلكه . والفرق ظاهر بين الوضعين .

فانتفاء الخطأ هو إذن مرحلة وسطى بين مرحلتين : وقوع الخطأ وقيام السبب الأجنبى (أنظر مازو ٩ فقرة ٦٢٤ — فقرة ٦٣٣) . [وقارن بيدان وروديير ج ٩ مكرر ص ٤٦ بند ١٤١٤] .

§ ٢ — الركن المعنوى : الإدراك

٥٣٥ — *مناط المسئولية التمييز* : الإدراك هو الركن المعنوى فى الخطأ . فلا يكفى ركن التعدى ليقوم الخطأ ، بل يجب لقيامه أن يكون من وقعت منه أعمال التعدى مدركا لها . ولا مسئولية دون تمييز . فالصبى غير المميز ، والمجنون ، والمعتوه عتهاً تاماً . ومن فقد رشده لسبب عارض كالسكر والغيبوبة والمرض . والمنوم تنويماً مغنطيسياً ، والمصاب بمرض النوم ، كل هؤلاء لا يمكن أن ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين لأعمالهم[١] .

وهذه مسألة كاد الإجماع ينعقد عليها منذ تقررت فى القانون الرومانى ، وانتقلت منه إلى العصور الوسطى ، ومن هذه إلى العصور الحديثة . واعتبر سقوط المسئولية عن عديم التمييز من الناحيتين الجنائية والمدنية معاً خطوة خطاها القانون إلى الأمام .

٥٣٦ — *ركن الإدراك ينفى الخطأ عن عديم التمييز* : ولكن تيار النظرية المادية فى المسئولية التقصيرية ، وهى النظرية التى تبنى المسئولية على تحمل التبعة لا على الخطأ ، بدأ فى العهد الأخير يعيد إلى ميدان البحث مسئولية عدم التمييز . فأنصار النظرية المادية يقولون بالمسئولية حتى إذا انعدم التمييز ، فغير المميز إذا لم يكن قادراً على ارتكاب الخطأ يستطيع إحداث الضرر . والمسئولية عندهم إنما تقوم على الضرر[٢] . ونعوا على المتمسكين بالخطأ أساساً للمسئولية أن منطقهم يستلزم عدم المساءلة إذا انعدم التمييز ، وأشاروا إلى حالات يكون من القسوة فيها ألا يعوض عديم التمييز إذا كان واسع الثراء ما أحدثه من ضرر جسيم لفقير معدم . فعمد بعض أنصار المسئولية المبنية على الخطأ إلى تعديل موقفهم من عديم التمييز . ورأوا فى المقياس المجرد الذى اتخذوه معياراً للتعدى ما ظنوه يعينهم على القول بمسئولية عديم التمييز فى نطاق الخطأ . فقالوا إن عديم التمييز ليس قادراً فحسب على

---

(١) [انظر فى هذا الموضوع : دى باج ج ٢ بند ٩١٣ وما بعده — بيدان وروديير ج ٩ مكرر بند ١٤٠٧ — مارتى ورينو ج ٢ بند ٤٠١ — ٤٠٢ وما بعدهما]

(٢) [انظر دى باج ٢ بند ٩١٥ ص ٨٣٤ — مارتى ورينو ج ٢ ص ٣٩٢ هامش رقم(١)] .

إحداث الضرر ، بل هو أيضاً قادر على ارتكاب الخطأ إذ الخطأ عندهم له ركن واحد هو التعدى . والتعدى له هذا المقياس المجرد الذى سبق بيانه . وعديم التمييز ، صغيراً غير مميز كان أو مجنوناً أو معتوهاً أو غير ذلك . إذا قيس سلوكه بالسلوك المألوف للشخص العادى ، بدا انحرافه . ووضح شذوذه . ولم يدع مجالا للقول بأنه يتصرف تصرف المميزين . فهو إذا صدر منه عمل يضر بالغير . كان العمل تعدياً يستوجب المساءلة . أما انعدام التمييز فهو ظرف داخلى شخصى لا يجوز أن يقوم له اعتبار . وقد تقدم أنه يجب تجريد الشخص العادى الذى جعل مقياساً للتعدى من جميع الظروف الداخلية الشخصية .

ونبادر إلى القول إنه حتى لو قيل إن الخطأ ليس له إلا ركن واحد هو ركن التعدى . فإن المقياس المجرد لهذا الركن لا يسعف فى نظرنا القائلين بمسئولية عديم التمييز . فقد قدمنا أنه لا يصح اعتبار ظرف عام تشترك فيه طائفة من الناس ظرفاً داخلياً خاصاً بكل فرد من أفراد هذه الطائفة . عند تقدير ما يصدر عادة من هذه الطائفة من أعمال . فالصبية والنساء والريفيون مقياسهم المجرد ، فى الأعمال التى تصدر منهم فى العادة ، لا يتجرد من عوامل السن والجنس والحالة الاجتماعية . ومقياس كل طائفة من هؤلاء شخص من أوسطهم ينتمى إلى الطائفة بالذات ، فلا يتجرد من المميز العام لهذه الطائفة . وإن تجرد من الظروف الداخلية الشخصية التى تتعلق بفرد منها بعينه . كذلك عديمو التمييز هم أيضاً طائفة من الناس تشترك فى مميز عام هو انعدام التمييز ، فلا يجوز أن يتجرد مقياسهم من هذا المميز فى تقدير الأعمال التى تصدر منهم فى العادة . ولما كان عديمو التمييز لا يتصور فيهم أن يتصرفوا تصرف المميزين . فإن كل عمل يصدر منهم ، مهما كان غريباً شاذاً ، يدخل ضمن أعمالهم المعتادة ، ويجب ألا يتجرد المقياس فيه من عامل انعدام التمييز[1] . فاذا قيس

---

(١) فالمجانين مقياسهم المجرد ، فيما هو من أعمال المجانين ، مجنون منهم تقاس تصرفاته إلى تصرفاتهم . ويلاحظ أن كل عمل يصدر من المجنون يعتبر من أعمال المجانين ، وأن المجانين سواسية فى انعدام التمييز ، فأى مجنون يصلح أن يكون هو المقياس المجرد .

سلوكهم فى أى عمل يصدر منهم إلى السلوك المألوف من شخص عديم التمييز. فان هذا السلوك لا ينحرف عن مقياسه ، ولا يعتبر تعدياً. وعلى هذا الوجه يكون عديم التمييز غير مسئول.

هذا كله لو قيل إن الخطأ لا ينطوى إلا على ركن التعدى. والصحيح فى نظرنا أن للخطأ ركناً آخر هو ركن الإدراك. ولا تزال المسئولية المدنية ، مهما جردناها من العوامل الأدبية ، مرتبطة بهذا العامل الأدبى لا يجوز أن تنفك عنه. فهى تقوم على التمييز. والشخص الذى لا يدرك مايصدر عنه من عمل لا تجوز مساءلته لا أدبياً ولا جنائياً ولا مدنياً ، ما دامت المسئولية تقوم على الخطأ. وهذا هو فضل النظرية الشخصية. فهى تربط المسئولية بالخطأ ، وتربط الخطأ بالتمييز ، فتشيع فى المسئولية عاملا أدبياً لا يجوز الاستغناء عنه. إذ هو عنصر ذاتى يخفف من حدة العنصر الموضوعى الذى يهيمن على مقياس الشخص المجرد[1].

ويبقى أخيراً أن نلاحظ أن التمييز فى المسئولية التقصيرية لا يكيف على أنه أهلية يجب توفرها ، كالأهلية فى العقد ، إنما التمييز هو ركن الإدراك فى الخطأ ، وبدونه لا يكون التعدى خطأ. وقد سبق ذكر ذلك عند الكلام فى الأهلية.

ونستعرض الآن ركن الإدراك فى الشخص الطبيعى ، ثم فى الشخص المعنوى.

---

(١) أنظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٦٨ — كولان وكابيتان ص ٢٢٢ — ص٢٢٤ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٤٩٨ — الموجز للمؤلف ص ٣٢٥ — ص ٣٢٧ — مصطفى مرعى ص ٤٩ — ص ٥٢ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام طبعة ١٩٤٥ ص ٣١١ — ص ٣١٣ — ومصادر الالتزام طبعة ١٩٥٤ بند ٤٤٢ ص ٤١٩ وما بعدها — أنظر عكس ذلك مازو ١ فقرة ٤٥٦ وما بعدها — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ٣٥ - ص٣٧ — ومع ذلك أنظر ص٦٤ الدكتور عبد المعطى خيال مذكرات غير مطبوعة مشار إليها فى مؤلف الدكتور حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٤٥ ص٣١٢ هامش رقم (١). — هذا وقد بينا ما ينطوى عليه مقياس الشخص المجرد من تسليم جزئى بتحمل التبعة ، فلو قلنا بمساءلة عديم التمييز ، لسلمنا بالنسبة إليه بنظرية تحمل التبعة تسليماً كاملا.

(ا) الشخص الطبيعي :

٥٣٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٦٤ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز » .

« ٢ — ومع ذلك اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعياً فى ذلك مركز الخصوم(١) .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ، حتى لو لم يكن أهلا للتعاقد . ٢ — إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، وتعذر رجوع المصاب بالتعويض على من نيطت به الرقابة على هذا الشخص ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعياً فى ذلك مركز الخصوم . ٣ — إذا أحدث شخص ضرراً فى وقت فقد فيه التمييز التزم بتعويض الضرر ، ما لم يثبت أنه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه » . وفى لجنة المراجعة اقترحت تعديلات لفظية ، واقترح أيضاً تعديل عبارة « تعذر الرجوع على المسئول » بعبارة « تعذر الحصول على تعويض من المسئول » حتى يتبين بوضوح أن التعذر ينصب على جواز الرجوع قانوناً وعلى إمكان الحصول على التعويض فعلا . ونوقشت الفقرة الأخيرة من المادة ، ورؤى بعد المناقشة أن تحذف هذه الفقرة لعدم الحاجة إليها ، ولأنها لو أقرت لوجب البحث فى الحالة التى يفقد الشخص التمييز فيها بغير خطأ منه فيما إذا كان هذا الشخص يبقى مسئولا بمقتضى الفقرة الثانية ، وقد رأت اللجنة أن المسئولية تبقى فى هذه الحالة ولكن كل ذلك يستفاد من تطبيق القواعد العامة فلا حاجة إلى هذه الفقرة الأخيرة . وقد أصبح نص المادة بعد هذه التعديلات كالآتى : « ١ — يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز ولو لم يكن أهلا للالتزام بالعقد . ٢ — ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولو لم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعياً فى ذلك مركز الخصوم » . وأصبح رقم المادة ١٦٨ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة .

وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذف من الفقرة الأولى عبارة « ولو لم يكن أهلا للالتزام بالعقد » لأنها تزيد لا تقتضيه ضرورة (المؤلف : ويمكن القول بأن فى هذا الحذف تجنباً للخلط بين الأهلية وركن الإدراك فى الضرر) . ووافقت اللجنة على الفقرة الثانية ولو أن حكمها يخالف القواعد المعمول بها ، وإنما تقضى به العدالة ، وله سند من الشريعة الإسلامية . إذ جاء فى المادة ٩١٦ من المجلة ما يأتى : =

= « وإذا أتلف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله ، فإن لم يكن له مال ينتظر إلى حال يساره ، ولا يضمن وليه » . ولما اعترض في اللجنة على التعبير « بتعويض عادل » أجيب على هذا الاعتراض بأن مبدأ مسئولية الصبي غير المميز مأخوذ من الشريعة الإسلامية ، وهو في الواقع مبدأ جديد على القانون المدني ، والتعويض العادل أريد به أن يكون أقل من التعويض العادي وأن تراعى فيه اعتبارات قد لا تراعى في التعويض العادي . فوافقت اللجنة على إبقاء التعبير كما هو . وأصبح رقم المادة ١٦٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٦ — ص ٣٦١) .

وفي التقنين المدني القديم نصت المادة ٢١٢ من القانون المختلط على ما يأتي : « كل فعل مخالف للقانون يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر الناشيء عنه ، مالم يكن الفاعل غير مدرك لأفعاله ، سواء لعدم تمييزه بالنسبة لسنه أو لأي سبب آخر » .

أنظر أيضاً المادتين ٧٥ و ٧٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ٥٤ من تقنين الالتزامات السويسري والمادتين ١٣٨ و ١٤٣ من تقنين الالتزامات البولوني والمادة ١٢٢ الفقرتين الثانية والثالثة من التقنين اللبناني .

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « جعل التمييز مناطاً للأهلية (المؤلف : وقد بينا عدم الدقة في هذا القول) في المسئولية التقصيرية . فتى كان الشخص قادراً على تمييز الخير من الشر وجبت مساءلته عن خطئه ، فرجع الأمر في هذا الشأن فكرة ذاتية أو شخصية يناط بها الحكم ولو وقع العمل الضار بعد فقد التمييز بصورة موقوتة متى كان هذا الفقد راجعاً إلى خطأ الفاعل ، ويتعين على محدث الضرر ، إزاء ذلك ، أن يقيم الدليل على أن زوال التمييز طرأ عليه بغير خطأ منه إذا أراد أن يدفع المسئولية عن نفسه . فالخطأ يفترض في هذه الحالة ، والضرر لا يأتي إلا في المرتبة الثانية من حيث تسلسل النتائج ووصل رباط السببية بها ، إذ هو ينجم عن فقد التمييز وهذا بدوره يترتب على الخطأ . وقد أورد التقنينان التونسي والمراكشي تطبيقاً لهذا الحكم فنصا في المادتين ٩٣/١٠٢ على أن (حالة السكر لا ترفع المسئولية المدنية في الالتزامات الناشئة عن الجنح وأشباهها ، متى كانت هذه الحالة اختيارية . وترتفع المسئولية إطلاقاً إذا كان السكر غير اختياري ، ويقع عبء الإثبات على عاتق المدعى عليه) . ويختلف عن ذلك حكم زوال التمييز بغير خطأ ممن أحدث الضرر . إذ تستبدل بتلك الفكرة الذاتية فكرة موضوعية أو مادية . وإذا كانت المسئولية تظل قائمة في هذا الفرض فهي مسئولية مخففة . وعلى هذا النحو تستأثر المسئولية الموضوعية أو المادية بالصدارة على المسئولية الشخصية أو الذاتية دون أن تحل محلها على وجه كامل . فلا تترتب مسئولية من زال عنه التمييز إلا بتوافر شرطين : أولهما أن يتعذر على المصاب الرجوع بالتعويض على من نيطت به الرقابة على من أحدث الضرر ، إما لعدم إقامة الدليل على مسئوليته وإما لإعساره . والثاني أن يسمح مركز الخصوم للقاضي بأن يقرر للمضرور تعويضاً عادلا . فيجوز رفض الحكم بالتعويض إذن ، إذا لم يكن غير المميز قادراً على أدائه ، بل ويجوز عند الاقتدار إنقاص التعويض عدالة حتى يكون في حدود سعته . ويراعى في ذلك كله مركز المضرور نفسه من الناحية المادية وجسامة الخطأ (؟) ومدى الضرر » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٧ — ص ٣٥٨) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٦٥ (مطابق) — الليبي م ١٦٧ (مطابق) — العراقي م ١٩١ (مقارب) — اللبناني م ١٢٢ (موافق) .

٥٣٨ — التمييز ضرورى وهو فى الوقت ذاته يكفى — عديمو التمييز : فالأصل إذن أن الشخص ، حتى يكون مسئولا مسئولية تقصيرية ، يجب أن يكون مميزاً . والتمييز ضرورى ، وهو فى الوقت ذاته يكفى . أما أنه يكفى فيظهر ذلك فى أن الصبى المميز يكون مسئولا مسئولية تقصيرية كاملة دون حاجة إلى أن يكون قد بلغ سن الرشد . وأما أنه ضرورى فيظهر ذلك فى أن الشخص غير المميز لا يكون مسئولا عن أعماله الضارة ، لأن الإدراك ركن فى الخطأ . فلا خطأ من غير إدراك . وهذا الحكم ينطبق على كل شخص غير مميز ، أياً كان السبب فى انعدام التمييز .

فالصبى غير المميز . وهو الذى لم يبلغ السابعة من عمره[1] ، لا تصح مساءلته مساءلة تقصيرية . أما من بلغ السابعة فيفرض فيه التمييز وتصح مساءلته حتى يقوم الدليل على انعدام التمييز فيه لمرض عقلى أو لسبب عارض .

كذلك المجنون[2] لا تصح مساءلته[3] . ويفرض فى المجنون استصحاب حالة الجنون . إلا أن يقوم الدليل على أنه ارتكب العمل الضار وهو فى لحظة من لحظات الإفاقة (intervalles lucides) .

والمعتوه عتهاً كاملا عديم التمييز فلا تصح مساءلته . أما المعتوه المميز فتجوز مساءلته حتى لو كان محجوراً لتوافر ركن الإدراك فيه .

أما ذو الغفلة والسفيه ، ولو كانا محجوزين ، والأصم والأبكم والأعمى ، ولو تعين لواحد منهم مساعد قضائى طبقاً لأحكام المادة ١١٧ من التقنين المدنى الجديد ، فتجوز مساءلتهم

---

(١) نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من التقنين المدنى الجديد على أن « كل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز » .

(٢) أنظر فى مسئولية المجنون: وينز Weenz مقال له فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٣٥ ص ٨٧ — نيجى Neagu رسالة من باريس سنة ١٩٢٩ — ليموزونو Limouzineau رسالة من ديجون سنة ١٩٣٢ [وانظر مارتى ورينو ج ٢ ص ٣٩٢ هامش ٥] .

(٣) استئناف مختلط فى ١٧ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٤٠١ .

جميعاً ، لأنهم يدركون ما يصدر عنهم من أعمال ، ويميزون بين الخير والشر [١].

وتنتفى المسئولية حتى لو كان انعدام التمييز يرجع إلى سبب عارض يزول ، كالمنوم تنويماً مغنطيسياً والمصاب بمرض النوم والمدمن على السكر أو المخدرات والمصاب بالصرع ونحو ذلك . فمتى ثبت أن الشخص الذى ارتكب العمل الضار كان فاقد الوعى أو منعدم التمييز وقت ارتكابه لهذا العمل ، فإنه لا تصح مساءلته لأن ركن الإدراك غير قائم .

٥٣٩ — نطاق انعدام المسئولية لانعدام التمييز : وانعدام المسئولية لانعدام التمييز ذو نطاق ضيق . إذ يجب لانعدام المسئولية أن يكون الشخص قد انعدم فيه التمييز انعداماً تاماً بغير خطأ منه وأن يكون عديم التمييز هو المسئول وحده عن خطأ غير مفروض . ويترتب على ذلك ما يأتى :

(أولا) ما سبق أن قدمناه من أن المعتوه المميز وذا الغفلة وغيرهما من ناقصى التمييز تصح مساءلتهم لأن التمييز فيهم لم ينعدم انعداماً تاماً .

(ثانياً) إذا كان انعدام التمييز لسبب عارض ، كالخمر والمخدرات ونحو ذلك . فإن عديم التمييز لا تنتفى مسئوليته إلا إذا كان سبب انعدام التمييز لا يرجع إلى خطأ منه . فإذا ثبت أن من فقد التمييز لسكر أو لمخدر كان يعلم أن السكر أو المخدر يفقده التمييز ، فإنه يكون مسئولا عن عمله حتى لو ارتكبه وهو فاقد الوعى . وفاقد التمييز لسبب عارض هو الذى يحمل عبء الإثبات ، فعليه أن يثبت أنه فقد التمييز بغير خطأ منه ، ولا يكلف المضرور أن يثبت أن فقد التمييز كان بخطأ من المسئول [٢].

---

(١) استئناف مختلط فى ٦ أبريل سنة ١٨٨٢ بوريللى م ٢١٣ رقم ١١ .

(٢) رأينا أن المشروع التمهيدى تضمن نصاً يقضى بأن فاقد التمييز لسبب عارض هو الذى يثبت أنه كان قد فقد التمييز بغير خطأ منه . وقد حذف هـذا النص فى المشروع النهائى اكتفاء بتطبيق القواعد العامة . ونرى أن الأصل فى المميز أنه إذا فقد التمييز لسكر أو لمخدر يكون قد عرف ذلك فى نفسه من قبل ، فإقدامه على السكر والمخدرات يعـد خطأ منه ، إلا إذا أثبت أنه كان مضطراً أو أنه لم يعهد فى نفسه من قبل أن يفقد الوعى . ويترتب على ذلك أن المصاب بمرض النوم أو الصرع =

(ثالثاً) ويجب لانعدام المسئولية أن يكون عديم التمييز فى مكان المسئول . فإن كان فى مكان المضرور ، ونسب إليه إهمال ساعد على وقوع الضرر ، فلا يرى القضاء المصرى فى بعض أحكامه أن يسقط هذا الإهمال من اعتباره عندما يزن المسئولية ، بل يعتبر أن هذا الإهمال هو خطأ من المضرور عديم التمييز يستوجب تخفيف المسئولية طبقاً لقواعد الخطأ المشترك[1] .

(رابعاً) ويجب أن يكون عديم التمييز فى مكان المسئول وحده . فإذا وجد مسئول عنه كالأب أو المعلم أو نحو ذلك[2] ، فلا بد من نسبة الخطأ إلى عديم التمييز حتى تتحقق بذلك مسئولية المسئول عنه ، ويكون هذا مسئولا عن خطأ الغير لا عن خطئه الشخصى . وسيأتى بيان ذلك بتفصيل أوفى.

(خامساً) ويجب أخيراً ألا تكون مسئولية عديم التمييز قائمة على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس . فإن كان عديم التمييز مسئولا عن تابعه أو عن أشياء فى

= لا حاجة به أن يثبت أن فقد التمييز لم يكن بخطأ منه ، فإن أمره واضح . وكثير من التقنينات الحديثة تقرر الحكم الذى تضمنه النص المحذوف من المشروع التمهيدى : أنظر م١٠٢/٩٣ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ٥٤ من تقنين الالتزامات السويسرى والمادة ١٣٨ من تقنين الالتزامات البولونى .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان هناك خطأ مشترك من سائق السيارة وهو يسير بسرعة ومن جهة الشمال ومن المضرور وهو طفل صغير سنه ست سنوات وقد تركه أبوه فى الشارع فدهمته السيارة ، فإن مسئولية السائق (ومخدومته) تنزل إلى النصف باعتبار أن هناك خطأ مشتركاً من السائق ومن والد الطفل الذى ترك طفله فى الشارع (استئناف مختلط فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٨ — وانظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧٤ — وفى ٥ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تبين أن حادثة ما ترجع إلى خطأ مشترك بين سائق الترام والمصاب ، وكان المصاب المنسوب إليه الخطأ صبياً غير مميز ، فإن شركة الترام وسائقها يسألان متضامنين قبل المصاب (الطفل) عن التعويض كاملا ، ولا يخفف من مسئوليتهما ما هو منسوب للصغير من الخطأ ، لأن الخطأ لا تصح نسبته له . وللشركة إذا شاءت أن ترجع على والد الصغير بمقتضى قواعد التضامن (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٢٦) . أنظر فى نقد هذا الحكم الأخير مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٦١ . ونرى أن عمل الطفل إذا لم يعتبر خطأ فهو على كل حال عمل مادى تجب مراعاته عند تقدير خطأ المسئول .

(٢) وهذا هو الغالب ، لأن عديم التمييز يكون عادة فى كفالة شخص يراقبه ويكون مسئولا عنه . ومن ثم تخف فى العمل حدة انتفاء المسئولية عند انعدام التمييز .

حراسته لحيوان أو آلة ميكانيكية ، وأخذنا بالرأى الذى يقول إن المسئولية فى هذه الحالة تقوم على خطأ مفروض فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، فإن الخطأ المفروض يكون قائماً فى جانب عديم التمييز ، ولا ينفيه انعدام تمييزه . مثل ذلك الصغير غير المميز يكون مسئولا عمن هم فى خدمته مسئولية المتبوع عن التابع ، وقد فرض الخطأ فى جانبه ولو أنه عديم التمييز[1].

٥٤٠ — مسئولية عديم التمييز فى حالات استثنائية : ثم إن التقنين الجديد قد تدارك ما قد ينجم من ضرر من وراء انتفاء المسئولية لانعدام التمييز حتى فى هذا النطاق الضيق الذى رسمنا حدوده فيما تقدم . فقضى فى الفقرة الثانية من المادة ١٦٤ بأنه « إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعياً فى ذلك مركز الخصوم » .

ونبادر إلى القول بأن مسئولية عديم التمييز هنا لا يمكن أن تكون مبنية على خطأ . فالخطأ كما قلنا ركنه الإدراك . وعديم التمييز لا إدراك عنده . وإنما تقوم المسئولية فى هذه الحالة على تحمل التبعة . فالشخص غير المميز ، بالشروط التى وردت فى النص ، يتحمل تبعة ما يحدثه من ضرر . ولذلك جاءت مسئوليته مشروطة ومخففة .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بما يأتى : « حيث إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) ، إذ نصت بصفة مطلقة على أنه يلزم السيد بتعويض الضرر الناشىء للغير عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم فى حال تأدية وظائفهم ، قد أفادت أنه لا يجب ثبوت أى تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض ، بل يكفى لتطبيقها أن يقع الخطأ المنتج للضرر من التابع أثناء تأدية وظيفته ، فتصح إذن مساءلة القاصر بناء عليها عن تعويض الضرر الذى ينشأ من أعمال خدمه الذين عينهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يحق للمسائل فى هذه الحالة أن يرد على ذلك بأنه هو بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يمكن أن يتصور أى خطأ فى حقه ، إذ المسئولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للادراك والتمييز حساب ، وإنما هى عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله فى خدمته » . نقض جنائى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر للأحكام الجنائية ٥ رقم ٤١١ ص ٦٦٥ — مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٦١ والمكررة .

فهى أولا مسئولية مشروطة ، وشرطها ألا يجد المضرور سبيلا للحصول على التعويض من شخص آخر غير عديم التمييز . والغالب أن يكون عديم التمييز موكولا إلى رقابة شخص يكفله . فالصغير غير المميز يكون عادة فى كفالة أبيه أو جده أو أمه أو أحد من أقاربه . والمجنون يكون فى كفالة أحد من هؤلاء أو فى كفالة أحد المستشفيات المعدة لعلاج الأمراض العقلية . فالمعهود إليه بالرقابة على غير المميز هو المسئول عما يحدثه غير المميز من ضرر كما سنرى . فإن وجد ، كان هو المسئول وحده نحو المضرور ، ورجع المضرور عليه بالتعويض كاملا . أما إذا لم يوجد ، أو وجد ولكنه استطاع أن ينفى الخطأ عن نفسه إذ هو خطأ قابل لإثبات العكس كما سيأتى ، أو لم يستطع نفى الخطأ ولكنه كان معسراً لم يستطع المضرور أن يحصل منه على التعويض ، فعند ذلك يرجع المضرور بالتعويض على عديم التمييز نفسه .

ومسئولية عديم التمييز فى هذه الحالة مسئولية مخففة . فهو لا يكون مسئولا حتما عن تعويض ما أحدثه من الضرر تعويضاً كاملا . ذلك لأن مسئوليته لا تقوم على خطأ كما قدمنا ، بل على تحمل التبعة ، فالقانون لا يحمله التبعة عن أعماله الضارة إلا فى حدود عادلة . وأهم ما يراعيه القاضى فى تقدير التعويض هو مركز الخصوم من الغنى والفقر . فهو يقضى بتعويض كامل إذا كان عديم التمييز موفور الثراء وكان المضرور فقيراً معدماً وأصيب بضرر جسيم بسبب العمل الذى صدر من عديم التمييز . وهو يقضى ببعض التعويض إذا كان عديم التمييز ميسر العيش من غير وفر وكان المضرور فى حاجة إلى التعويض ، ويجب على القاضى فى هذه الحالة أن يترك لعديم التمييز من ماله مورداً كافياً للنفقة على نفسه وعلى من تجب عليه نفقتهم . وقد لا يقضى بتعويض أصلا — لأن الحكم بالتعويض فى الحالة التى نحن بصددها جوازى لا وجوبى — إذا كان عديم التمييز فقيراً لا مال عنده ، وبخاصة إذا كان المضرور فى سعة من العيش . ويكون كذلك محل اعتبار فى تقدير التعويض مقدار ما بذله المضرور من العناية لتوقى الضرر الذى أصابه من عديم التمييز ،

فإن تعويض المضرور نفسه فى غير حيطة لما عسى أن ينزل به من جراء عبث شخص لا تمييز عنده يعد خطأ منـه قد يستغرق فى بعض الحالات ما أتاه عديم التمييز . ولا عبرة بجسامة ما صـدر من عديم التمييز من عمل ، فهو فاقد الإدراك ويستوى أن يصدر عنه الجسيم وغير الجسيم[1]. ولـكن جسامة الضرر قد تكون محل اعتبار فى تقدير التعويض ، فإن كان الضرر جسيماً بدا التعويض عنه أكثر عدلا وأعلى قيمة . ويسترشد القاضى بوجه عام بجميع الظروف التى تلابس القضية يستعين بها على تقدير التعويض العادل .

والتقنين المدنى الجديد ، فى استحداثه لهذه المسئولية الخاصة التى لم يكن التقنين المدنى القديم يعرفها[2] ، قد جارى فى ذلك كثيراً من التقنينات الحديثة[3] .

(ب) الشخص المعنوى :

٥٤١ — جواز مساءلة الشخص المعنوى[4] : المبدأ الذى استقر عليه القضاء والفقه فى مصر هو جواز مساءلة الشخص المعنوى عن الأخطاء التى يرتكبها ممثلوه عند القيام بإدارة

---

(١) قارن ما ذكر خطأ فى المذكرة الإيضاحية من مراعاة جسامة الخطأ (أنظر آنفاً فقرة ٥٣٧ فى الهامش) . وانظر فى الاعتبارات التى يراعيها القاضى فى تقدير التعويض المـادة ١٣١٠ من التقنين النمساوى ، وهى تذكر خطأ المسئول وإهمال المضرور فى درء الخطر عنه وخطئه .

(٢) ولما كان النص الذى يقرر هذه المسئولية قد استحدثه التقنين المدنى الجديد ، فليس له أثر رجعى . والعبرة باليوم الذى وقع فيـه العمل الضار ، فإن كان قبل يوم نفاذ التقنين الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) فالتقنين القديم هو الذى يسرى ولا مسئولية على عديم التمييز ، وإلا فإن التقنين الجديد هو الذى يسرى وتتحقق مسئولية عديم التمييز المخففة.

(٣) أنظر المادتين ٧٥و٧٦ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٨٢٩ من التقنين الألمانى والمادة ١٣١٠ من التقنين النمساوى والمـادة ٥٤ من تقنين الالتزامات السويسرى والمـادة ١٢٢ من التقنين اللبنانى والمادة ٤٠٦ من التقنين السوفييتى والمادة ١٨٧ من التقنين الصينى والمـادة ٢٣٧٧ من التقنين البرتغالى والمادة ٢٠٤٧ من التقنين الإيطالى الجديد وقانون ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ فى بلجيكا .

وفى الفقه الإسلامى إذا كان الإتلاف مباشراً لا يشترط فيه التعمد أو التعدى « حتى أن طفلا يوم ولد لو انقلب على مال إنسان فأتلفه يلزم الضمان ، وكذا المجنون الذى لا يفيق إذا مزق ثوب إنسـان يلزمه الضمان : الهندية » (الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للمؤلف ص ٣٢٧ هامش رقم ١) .

(٤) [انظر : مارتى ورينو جـ ٢ بند ٤٢٠ و ٤٢٧ — دى باج جـ ٢ بند ٩١٩] .

شؤونه . ولم يقع تردد فى هذا المبدأ . وإذا كانت المسئولية الجنائية للشخص المعنوى يصعب التسليم بها لصعوبة تصور عقوبة جنائية تنزل بالشخص المعنوى إلا فيما يتعلق بالغرامة والمصادرة والحل ، فإن المسئولية المدنية يسهل التسليم بهـا ، فإنها تقع فى مال الشخص المعنوى . والأمثلة كثيرة على الأخطاء التى يرتكبها ممثلو الشخص المعنوى ، فيصبح هذا مسئولا عنها : مدير شركة يفصل عاملا فى وقت غير لائق فتـكون الشركة مسئولة عن هذا الفصل ، سائق قطار يدهس أحد المارة بإهماله فتـكون مصلحة السكك الحديدية مسئولة عن إهمال السائق ، عامل البريد يضيع رسالة عهد إليه بتسليمها إلى صاحبها فتكون مصلحة البريد مسئولة عن العامل [(١)] .

ولما كان الشخص المعنوى يختلف عن الشخص الطبيعى فى أنه لا يمكن أن ينسب له التمييز ، فان كثيراً من الأحكام تجعل مسئولية الشخص المعنوى عن أعمال ممثليه هى مسئولية المتبوع عن التابع فتصل بذلك الى تقرير المسئولية بالتضامن بين الشخص المعنوى وممثليه .

على أن هناك أحوالا يصعب فيها الوصول الى مساءلة الشخص المعنوى عن هذا الطريق

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى أحكام كثيرة بمسئولية الشركات عن أعمال ممثليها ، وذلك كشركات السكك الحديدية (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٥ — وفى ٧ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٣٧) ، وشركات الترام (استئناف مختلط فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧٠) ، وشركات الملاحة (استئناف مختلط فى أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢١) ، وشركات المياه والنور والغـاز (استئناف مختلط فى ١٤ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧) .

والوقف يعتبر شخصاً معنوياً وناظر الوقف هو الممثل له ، فيكون الوقف مسئولا عن أخطاء ناظره . وقد قضت محكمة النقض بأن الوقف بأحكامه المقررة فى الفقه الإسلامى هو فى فقه القانون المدنى شخص اعتبارى تكاملت فيه مقومات الشخصية القانونية . والشخص الاعتبارى كما أن له وجوداً افترضه القانون له إرادة مفترضة هى إرادة الشخص الطبيعى الذى يمثله . فالخطأ الذى يقع من ممثله بصفته هذه يعتبر بالنسبة إلى الغير الذى أصابه الضرر خطأ من الشخص الاعتبارى . فالحـكم الذى يرتب المسئولية على جهة الوقف عن خطأ وقع من الناظر عملا بالمـادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) لا يكون مخطئا (نقض مدنى فى ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه لا يكون الوقف مسئولا عن خطأ الناظر إذا لم يكن معيناً من قبل المستحقين لأن الناظر فى هذه الحالة لا يكون تابعاً للوقف (استئناف مختلط فى ١٩ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ — وانظر أيضاً استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ ص ٨٣) . وسنرى أنه تمـكن مساءلة الشخص المعنوى مباشرة لا باعتباره متبوعاً ، وعلى هذا الوجه تسقط الحجة التى وردت فى الحـكم من أن ناظر الوقف إذا لم يعينه المستحقون لا يكون تابعاً للوقف .

غير المباشر ، فقد يحدث أن الخطأ الذى يوجب المساءلة يكون قراراً صادراً من إحدى هيئات الشخص المعنوى (مجلس إدارة الشركة أو جمعيتها العامة مثلا) . فلابد إذن من نسبة الخطأ مباشرة إلى الشخص المعنوى ذاته . كذلك قد يكون الخطأ بحيث لا تجوز نسبته إلا إلى الشخص المعنوى ، كما إذا قوضيت شركة لمنافسة تجارية غير شريفة أو لتقليد مزور[1] . ففى مثل هذه الأحوال تكون مسئولية الشخص المعنوى مسئولية عن عمل شخصى ، لا مسئولية المتبوع عن تابعه . ولابد حينئذ من الاقتصار على ركن التعدى فى الخطأ دون ركن التمييز . ويكفى لتحديد ما إذا كان الشخص المعنوى قد أخطأ أن يقاس تصرفه إلى تصرف شخص معنوى مجرد فى الظروف الخارجية التى تصرف فيها ، فإذا انحرف عن هذا المقياس المادى ، كان هناك خطأ ، وتحققت المسئولية[2] .

٥٤٢ — *مساءلة الشخص المعنوى العام*[3] : وقد يكون الشخص المعنوى المراد مساءلته هو الدولة ذاتها أو شخص معنوى عام كمجلس من مجالس المديريات أو المجالس البلدية أو غيره من الأشخاص العامة . وتتحقق مسئولية الشخص المعنوى فى مصر على النحو الذى تتحقق به مسئولية الأفراد والهيئات الخاصة . وقواعد المسئولية التقصيرية واحدة للفريقين . ذلك أن الأقضية التى تقوم على هـذه المسئولية بالنسبة إليهما معاً تدخل فى اختصاص القضاء العادى ، ولم يمتد حتى اليوم اختصاص محكمة القضاء الإدارى بمجلس الدولة إلى مسئولية السلطات العامة عن أعمالها المادية ، ولا يزال هـذا الاختصاص مقصوراً على المسئولية عن القرارات الإدارية . والقضاء العادى فى مصر يطبق على مسئولية الدولة والسلطات العامة قواعد المسئولية التقصيرية التى يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة . وقد وصل فى بعض الحالات الى جعل الدولة مسئولة عن الخطأ مسئولية شخصية لا مسئولية

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٧٣ .

(٢) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٧٢ — فقرة ٩٧٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٣١٤ .

(٣) أنظر فى مسئولية السلطات العامة : دويز (Duez) فى مسئولية السلطة العامة — تيرار (Tirard) رسالة من باريس سنة ١٩٠٦ — ديبير (Debeyre) رسالة من ليل سنة ١٩٣٦ — كليار (Colliard) رسالة من إكس سنة ١٩٣٨ [بيدان وروديير ج ٩ مكرر بند ١٣٨٧] .

المتبوع عن التابع(١) .

أما فى فرنسا فجلس الدولة هو صاحب الولاية العامة فى جميع المنازعات الإدارية ، فدخل فى اختصاصه النظر فى مسئولية الدولة مسئولية تقصيرية . وأخذت قواعد هذه المسئولية تتحور بالتدريج عندما تغير ميدان تطبيقها من النطاق المدنى الخاص إلى النطاق الإدارى العام . وقد كان مجلس الدولة الفرنسى بادىء الأمر يضيق من مسئولية الدولة عندما كان يتطلب خطأ على قدر معين من الجسامة لمساءلة الدولة وعندما كان يفرق بين الخطأ الشخصى والخطأ المصلحى . ثم انتهى إلى التوسع فى هذه المسئولية عندما ترك المبادىء المدنية ووضع مبادىء إدارية خاصة ، فجعل الدولة مسئولة عن الخطأ فى سير العمل الإدارى (faute du service) لا فى الخطأ المصلحى (faute de service) فحسب ، ووصل بهذه المسئولية فى بعض الحالات إلى حد جعل الدولة مسئولة عن تبعات

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية الدولة عن الخطأ الذى ترتكبه فى اعمال الرى (استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٤ — وفى ٢١ مايو ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٥ — وفى ١٧ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٨) ، وفى أعمال الطرق والتنظيم (استئناف مختلط فى ١٠ يونيه سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٣٧ — وفى ٢٢ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٧ — وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ٢٨ ص ١٢٧) ، وفى أعمال البوليس والأمن (استئناف مختلط فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٣ — وفى ٤ نوفبرسنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧ — وفى ١١ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٢٠) ، وفى أعمال الجمرك (استئناف مختلط فى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٢ — وفى ٢١ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٩ — وفى ٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٣٠) . وقضت كذلك بمسئولية المجالس البلدية (استئناف مختلط فى ٤ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٩٤) .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان لجهة الإدارة حرية إدارة المرافق العامة وحق تنظيمها والإشراف عليها إلا أن ذلك لا يمنع القضاء — على ما جرى به قضاء هذه المحكمة — من حق التدخل لتقرير مسئولية الإدارة عن الضرر الذى يصيب الغير متى كان ذلك راجعاً إلى إهمالها أو تقصيرها فى تنظيم شئون المرفق العام أو الإشراف عليه — وانتهت المحكمة إلى تقرير مسئولية الإدارة عن حادث مقتل جندى بوليس ، كان فى حراسة أحد البنوك بمدينة السويس ، على يد بعض جنود الجيش البريطانى — وذلك تأسيساً على عدم اتخاذ الإدارة الاحتياطات الكفيلة بحماية رجال البوليس إذ أن المقام كان يقتضى تعيين جنديين أو أكثر فى منطقة الحراسة حتى كان يمكن تلافى وقوع الحادث : نقض مدنى فى ١٥/٣/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٤٦ ص ٣١٠] .

الأعمال التي تولد أخطاراً جسيمة كالأشغال العامة (travaux publics) ، فبنى المسئولية في هذه الحالات على مبدأ تحمل التبعة (risque) .

٥٤٣ — رقابة محكمة النقض على ركن الخطأ : ولمحكمة النقض الرقابة على قيام ركن الخطأ في المسئولية التقصيرية . وإذا كان التعدي كعمل مادي يعتبر من مسائل الواقع إلا أن وصفه القانوني بأنه تعد لأنه انحراف عن المألوف من سلوك الشخص العادي يعتبر من مسائل القانون . كذلك انتفاء المسئولية في حالة الدفاع الشرعي وتنفيذ أمر الرئيس وحالة الضرورة ، واشتراط التمييز لقيام الخطأ ، والحدود التي يسأل فيها عديم التمييز ، كل هذا يعتبر من مسائل القانون ويخضع لرقابة محكمة النقض[١] .

المطلب الثاني

تطبيقات مختلفة لفكرة الخطأ

٥٤٤ — التمييز بين الخروج عن الحق والتعسف في استعمال الحق : قدمنا أن الخطأ هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي . ويجب هنا أن نوجه النظر إلى تمييز جوهري لا يلتفت إليه في العادة ، مع أنه في نظرنا هو الذي يضع نظرية التعسف في استعمال الحق في مكانها الصحيح .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التي تدخل في سلطة قاضي الموضوع ، ولا معقب على تقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشيء ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بالعلة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التي يخضع في حلها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض (نقض مدني في ١١ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٤ ص ٢١٩) أنظر أيضاً الدكتور سليمان مرقس في الفعل الضار ص ٥٤ — ٥٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه فقرة ٩٥٦ وفقرة ٩٦٧ .

[وقد قضي أيضاً بأن تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائياً أو مدنياً هو مما يتعلق بموضوع الدعوى ، ومتى استخلصت المحكمة مما أو صحته من الأدلة السائغة التي أوردتها أن الخفير المعين من الهيئة العامة لشئون السكك الحديدية على المجاز قد أخطأ إذ لم يبادر إلى تحذير المارة في الوقت المناسب وتنبيهم إلى قرب مرور القطار وتراخى في إغلاق المجاز من مصراعيه ولم يستعمل المصباح الأحمر في التحذير وفقاً لما تفرضه عليه التعليمات — وذلك في الوقت الذي ترك فيه بوابه المجاز مفتوحة من جهة دخول السيارة قيادة المجني عليه مع استطاعته إقفالها ، نتيجة لهذا الخطأ ، فلا تقبل المجادلة في ذلك لدى محكمة النقض : نقض جنائي في ١٩٦١/١/٣٠ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١٢ رقم ٢٢ ص ١٣١] .

ذلك أن الانحراف فى السلوك قد يقع من الشخص وهو يأتى رخصة ، وقد يقع منه وهو يستعمل حقاً . وليس هنا مجال الإفاضة فى التمييز ما بين الرخصة والحق . وبحسبنا أن نقول إن الرخصة هى حرية مباحة فى التصرف ، كالسير والتعاقد والتقاضى والكتابة والنشر ونحو ذلك من الحريات العامة التى كفلتها الدساتير للأفراد . أما الحق فهو مصلحة معينة مرسومة الحدود يحميها القانون . فالملكية حق ، والتملك رخصة . ذلك أن القانون كفل لجميع الناس الحرية فى أن يتملكوا طبقاً للقواعد التى قررها فى أسباب الملك . ومن ثم فالتملك رخصة . فاذا ما كسب الشخص ملكية شىء معين بسبب من أسباب الملك . انتقل من الرخصة إلى الحق ، وأصبحت له مصلحة معينة مرسومة الحدود هى حق الملكية على هذا الشىء المعين الذى ملكه ، وهى مصلحة يحميها القانون[1] .

والرجل العادى فى سلوكه المألوف إذا أتى رخصة يلتزم قدراً من الحيطة والتبصر واليقظة حتى لا يضر بالغير . وإذا استعمل حقاً فإنه لا يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق . فإذا ما انحرف شخص وهو يأتى رخصة — مشى أو تعاقد أو تقاضى أو كتب أو نشر — عن هذا السلوك المألوف من الرجل العادى ، فمشى بسيارته ولم يلتزم اليقظة اللازمة فدهس

---

(١) وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل على نص ، هو المادة ٥ من هذا المشروع، يقضى بما يأتى : « الحقوق المدنية نوعان : حقوق محددة يكسبها الشخص ويختص بها دون غيره ، ورخص قانونية أو حقوق عامة يعترف بها القانون للناس كافة » . وورد بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « تفرق المادة ٥ من المشروع بين الحق والرخصة . وهى بذلك تمهد للأحكام المتعلقة بالتعسف فى استعمال الحق . فالتعسف يرد على استعمال الحقوق وحدها . أما الرخص فلا حاجة إلى فكرة التعسف فى ترتيب مسئولية من يباشرها عن الضرر الذى يلحق الغير من جراء ذلك . ويقصد بالحق فى هذا الصدد كل مكنة تثبت لشخص من الأشخاص على سبيل التخصيص والإفراد كحق الشخص فى ملكية عين من الأعيان أو حقه فى اقتضاء دين من الديون ... أما ما عدا ذلك من المكنات التى يعترف بها القانون للناس كافة دون أن تكون محلا للاختصاص الحاجز فرخص أو إباحات كالحريات العامة وما إليها . وهذه الرخص أو الإباحات لا حاجة إلى فكرة التعسف فيها لتأمين الغير مما ينجم من ضرر عن استعمال الناس لها لأن أحكام المسئولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص فى المشروع النهائى لعدم الحاجة إليه (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠١ فى الهامش) .

أحد المارة ، أو تعاقد مع أحد الفنيين الموظفين فى مصنع منافس وحمله بذلك على أن يخل بالتزاماته نحو مصنعه ، أو تقاضى فتنكب سبيل الاعتدال وأمعن فى الإضرار بخصمه باستعمال إجراءات التقاضى فى غير ما وضعت له لدداً فى الخصومة ، أو كتب فأفشى سراً من أسرار المهنة كان لا يجوز له إفشاؤه ، أو نشر فقذف شخصاً ، كان كل هذا خطأ يحقق مسئوليته. كذلك إذا استعمل حقاً معيناً — حق ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق دين — فجاوز الحدود المرسومة للحق الذى يستعمله ، بأن بنى فى ملكه مجاوزاً حدود هذا الملك ، أو فتح المطل فى المسافة الممنوعة قانوناً ، أو قيد الرهن بأكثر من الدين ، أو تقاضى فيما له من الدين فوائد أكثر مما يبيحه القانون ، كان كل هذا أيضاً خطأ يحقق مسئوليته .

وقد كان رجال الفقه فى القرن الماضى يرون تقييد الرخصة ولا يرون تقييد الحق . فيشترطون فى إتيان الرخصة ألا ينحرف الشخص عن السلوك المألوف للرجل العادى . أما الحق فلا يشترطون فى استعماله إلا عدم مجاوزة حدوده . فكان الخطأ فى نظرهم هو انحراف عن السلوك فى إتيان الرخصة أو مجاوزة للحدود فى استعمال الحق . أما إذا استعمل الشخص حقاً ولم يجاوز الحدود المرسومة لهذا الحق ، فإنه لا يخطىء ولو أضر بالغير . ومن ثم كان استعمال الحق مرهوناً بمدى حدوده . فإن جاوزها صاحب الحق كان هذا خروجاً عن الحق . وهو خطأ يحقق مسئوليته . وإن التزمها فلا تتحقق مسئوليته . حتى لو انحرف فى استعمال الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى فأضر بالغير .

فلا يشترط إذن فى استعمال الحق عند رجال الفقه القديم إلا عدم مجاوزة الحدود التى وضعت له . وما دام صاحب الحق داخل هذه الحدود فلا يرتكب خطأ مهما أضر بالغير ، ومهما كان مهملا أو كان سيىء النية . وهذه الصورة هى التى نظر فيها رجال الفقه الحديث، ورأوا خلافاً للفقه فى الماضى أن المسئولية فيها يجب أن تتحقق وأطلقوا عليها اسماً معروفاً هو « التعسف فى استعمال الحق » (abus du droit) .

ومن ثم أصبح للخطأ صورتان : صورته الأولى وهى الخروج عن حدود الرخصة أو

عن حدود الحق ، وصورته الجديدة وهى التعسف فى استعمال الحق .

ونتناول كلا من الصورتين فى تطبيقاتها المختلفة .

§ ١ — الخروج عن حدود الرخصة أو عن حدود الحق

٥٤٥ — من قاعدة عامة واحدة إلى حالات متعددة : رأينا أن هناك قاعدة عامة تقضى بأن كل خطأ يسبب ضرراً يوجب التعويض . وهذه هى السياسة التشريعية التى جرت عليها التقنينات اللاتينية . فهى لا تورد تطبيقات تفصيلية للخطأ ، بل تقتصر على وضع قاعدة عامة على النحو الذى أسلفناه . أما القوانين الأنجلوسكسونية والجرمانية فإنها تعمد إلى التفصيل ، وتتفاوت فى إيراد الحالات التفصيلية للخطأ[1] . ومن المعروف فى

---

(١) وكذلك الفقه الإسلامى لايضع قاعدة عامة ، وإنما يورد حالات تفصيلية . وهناك حالتان رئيسيتان يوجب فيهما الضمان فيعالج بهما الضرر الذى يقع على المال ، وهما الغصب والإتلاف . فالغصب هو أخذ مال متقوم محترم ، بلا إذن من له الإذن ، على وجه يزيل يده ، بفعل فى العين . ويجب على الغاصب رد المغصوب لو كان قائماً فى غصبه ، أو رد قيمته لو هلك حتى لو كان الهلاك بقوة قاهرة . والإتلاف قد يكون مباشرة أو تسبباً . فالإتلاف مباشرة هو إتلاف الشيء بالذات ، من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر ، والإتلاف تسبباً يكون بعمل يقع على شيء فيفضى إلى تلف شيء آخر . فمن قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الأرض وانكساره ، ويكون حينئذ قد أتلف الحبل مباشرة ، وكسر القنديل تسبباً . والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يتعد ، والمتسبب غير ضامن إلا إذا كان متعمداً أو متعدياً (مجمع الضمانات ص ١٤٦) — أما الضرر الذى يقع على الجسم فتتدخل فيه فكرة العقوبة الجنائية مع التعويض المدنى . وجزاؤه الدية والأرش وحكومة العدل . أما الدية فتجب فى القتل غير العمد (أما القتل العمد فيجب فيه القصاص وهو عقوبة خاصة لاتعويض مدنى) وفى الجناية على ما دون النفس عن غير عمد على عضو تمكن فيه المماثلة . والأرش جزء من الدية ، فإذا تعدد العضو الذى تمكن فيه المماثلة ، وأصيب بعض منه ، فالدية تجب بنسبة ماأصيب ، وتسمى فى هذه الحالة أرشاً ، فيجب نصف الدية فى العين الواحدة وربعها فى أحد أشفار العين الأربعة وهكذا . وحكومة العدل تكون فيما لا يجب فيه قصاص أو دية أو أرش ، أى فى الجناية على ما لا تمكن فيه المماثلة ، عمداً كان ذلك أو غير عمد . ويترك تقدير الجزاء للقاضى ، وهذا معنى حكومة العدل (البدائع ٧ ص٢٣٣ ومابعدها) . ويستخلص من ذلك أن حكومة العدل ، وهى أكثر مرونة من القصاص والأرش ، تكاد تضع مبدأ عاماً فى الشريعة الإسلامية يقضى بأن العمل الضار الذى يصيب النفس فيما لا تمكن فيه المماثلة (ويدخل فى هذا أكثر الجراح والشجاج) عمداً كان أو غير عمد ، يوجب التعويض حسب تقدير القاضى . وهذا المبدأ يكمل المبدأ الآخر الذى يستخلص من قواعد الغصب والإتلاف وهو متعلق بالعمل الضار الذى يصيب المال . (أنظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٦) .

القانون الإنجليزى أنه لا يشتمل على قاعدة عامة فى الخطأ ، بل يحوى أنواعاً مختلفة من الخطأ يورد لكل نوع منها حكمة ، ومن ثم سمى هذا القسم من القانون الانجليزى ، لا بقانون الخطأ (law of tort) ، بل بقانون الأخطاء (Law of torts) .

على أن الفرق ليس بكبير كما يظهر لأول وهلة ما بين القوانين اللاتينية وبين القوانين الإنجليزية والجرمانية . فالثانية تعدد حالات الخطأ . ولكن يمكن أن يستخلص من هذه الحالات قاعدة عامة تتناول الخطأ فى ذاته وتحدد أركانه . أما الأولى فتبدأ بهذه القاعدة العامة ، ولكنها تنتهى فى تطبيقها القضائى إلى حالات فى الخطأ تعددها المحاكم حالة حالة وتبين خصائص كل حالة منها . فهناك إذن طوائف من الجرائم المدنية واضحة المعالم بينة الحدود ، شبيهة بالجرائم الجنائية التى يعددها قانون العقوبات .

وها نحن ، على سبيل المثال ، نتناول فى إيجاز ، بعض هذه الحالات على النحو الذى انتهى إليه فيها قضاء المحاكم .

٥٤٦ — حوادث النقل والسيارات والسكك الحديدية وغيرها من وسائل النقل : من الميادين التى يتسع فيها المجال لوقوع الخطأ حوادث النقل . فقد زادت أخطار النقل بقدر ما تعدد من وسائله وما امتد من نشاطه . ويقع كل يوم من حوادث النقل ما يوجب المسئولية . وهى حوادث متنوعة تنجم عن وسائل النقل المختلفة : من الدواب إلى المركبات إلى السيارات إلى السفن إلى الطائرات ، وفى البر والبحر والجو .

والنقل قد يكون بأجر أو بغير أجر . والنقل بأجر قد يكون نقلا للأشياء أو نقلا للأشخاص . ففى نقل الأشياء يلتزم عامل النقل بنقل ما عهد إليه فى نقله سليما إلى المقر المتفق عليه ، فإذا تلف فى أثناء النقل كان عامل النقل مسئولا . والمسئولية هنا مسئولية عقدية لقيامها على التزام يترتب على عقد النقل[١] ، فلا يستطيع عامل النقل أن يتخلص

---

(١) [قضت محكمة النقض بأن مصلحة البريد تعتبر أمينة للنقل ووكيلة بالعمولة فى الوقت نفسه ويعتبر =

من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبي [1]. وتجبُ المسئولية العقدية فى رأينا المسئولية التقصيرية ، فلا خيرة بين المسئوليتين .

وفى نقل الأشخاص لم يكن القضاء الفرنسى فى بادىء الأمر يرتب مسئولية عقدية . ثم انتهى إلى أن يستخلص من عقد النقل التزاماً بضمان سلامة الراكب [2] ، وأصبح عامل النقل ملزماً بموجب العقد أن يصل بالراكب إلى المقر المتفق عليـــه سليما معافى . والالتزام بضمان السلامة فى نقل الأشخاص ، كما هو فى نقل الأشياء ، التزام بتحقيق غاية. فإذا أصاب الراكب ضرر بسبب النقل كان عامل النقل مسئولا مسئولية عقدية لا يستطيع الخلاص منها إلا بإثبات السبب الأجنبي [3].

وقد يكون النقل بغير أجر (transport bénévole, gratuit) ، كأن يستصحب شخص

= عملها هذا عملا تجارياً تحكمه المواد ٩٠ وما بعدها من القانون التجارى التى توجب عليها نقل الرسائل والطرود وسلامة وصولها وتسليمها للمرسل إليه وتحمل مسئولية الهلاك والتلف والتأخير ، والمسئولية هنا وبطبيعتها مسئولية تعاقدية تنشأ عن إخلالها بواجبها فى تنفيذ عقـد النقل فتلتزم بالتعويض طبقاً للقواعد المقررة فى القانون المدنى وفى نطاق مشروعية شروط الإعفـاء من المسئولية أو تحديدها : نقض مدنى فى ٢٢/٣/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٥٤ ص ٣٦٤] .

[وقضت محكمة النقض بأن مسئولية أمين النقل هى مسئولية تعاقدية فإذا لم يقم بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه كان مسئولا عن نتيجة إخلاله بالتزامه ولا يدرأ عنه هذه المسئولية إلا أن يثبت أن عدم تسليم البضاعة أو ضياعها يرجع لسبب قهرى لا يد له فيه : نقض مدنى فى ٣١/٥/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٨٨ ص ٦٤٢] .

(١) [بهذا المعنى حكم النقض الصادر فى ٣١/٥/١٩٥٦ المشار إليه بالهامش السابق. وكذلك قضت محكمة النقض بأن مسئولية الوكيل بالعمولة للنقل عن تلف البضاعة مفترضة أصلا طبقاً للمادتين ٩١ ، ٩٢ من قانون التجارة ، ولا يعفيه منها إلا إقامته الدليل على القوة القاهرة أو العيب فى البضاعة أو خطأ أو إهمال من المرسل فاذا تلفت البضاعة ولم يثبت الوكيل بالعمولة المكلف بنقلها شيئاً من ذلك فانه يتحمل مسئولية هذا التلف ولا يكون المرسل هو المكلف باثبات خطأ الوكيل بالعمولة فى هذه الحالة . نقض مدنى فى ٢٨/٦/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ١٠٨ ص ٧٦٧] .

(٢) [انظر بول دوران : الالتزامات فى القضاءين الفرنسى والبلجيكى صحيفة ٦٥ وهو يشير إلى أن القضاء البلجيكى قد رفض الأخذ بفكرة وجود التزام بضمان سلامة الراكب ص ٦٩ — ٧٠] .

(٣) أنظر فى هذا الموضوع مازو ١ فقرة ١٥٢ — فقرة ١٥٣ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٦٠ .

صديقاً له فى سيارته فى نزهة أو إلى مكان معلوم ، فاذا أصيب الصديق بحادث من جراء ركوب السيارة ، فهل يكون صاحب السيارة مسئولا ، وعلى أى أساس تقوم مسئوليته ؟ نرى أن النقل فى هذه الحالة ليس بعقد ، لأن الطرفين لم يقصدا أن يرتبطا ارتباطاً قانونياً ، وقد تقدم ذكر ذلك. فنستبعد إذن المسئولية العقدية(١) . ولا تبقى إلا المسئولية التقصيرية . وهنا تنفتح أمامنا طرق ثلاثة : هل تكون هذه المسئولية هى مسئولية حارس الأشياء ، فيعتبر صاحب السيارة وهو الحارس لها مسئولا نحو صديقه عن الضرر الذى أصابه حتى يقيم الدليل على السبب الأجنبي ؟(٢) أو تستبعد المسئولية على أساس الحراسة ونبقى فى دائرة المسئولية القائمة على خطأ واجب الإثبات ، ونقول إن الصديق المضرور يجب أن يثبت خطأ فى جانب صديقه صاحب السيارة ؟ وإذا قلنا بذلك ، فأى نوع من الخطأ يجب أن يثبت ؟ هل يجب أن يثبت خطأ جسيما باعتبار أنه رضى بإخلاء مسئولية صديقه بعد أن تبرع هذا بنقله ، فلا يكون صاحب السيارة مسئولا إلا عن الخطأ الجسيم(٣) ؟ أو يكفى أن

---

(١) أنظر عكس ذلك لالو فقرة ١٨٧ ص ١٢٢ . وهو يقول بالمسئولية العقدية فى النقل المجانى .

(٢) أنظر من هذا الرأى جوسران فى تعليقه فى دالوز ١٩٢٧ — ١ — ١٣٧ — بيسون ص ١٦٠ .

(٣) أنظر من هذا الرأى ريكول (Ricol) فى تعليقه فى دالوز ١٩٢٦ — ٢ — ١٢١ — وروجيه (Roger) فى تعليقه فى دالوز ١٩٣٥ — ١ — ٣٨ . وينزع القضاء المصرى إلى هذا الرأى . فقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الصديق الذى يستسلم لقيادة صديقه المتبرع بها على طول مسافة الطريق يعتبر أنه على اتفاق معه فيما ينتهجه من أساليب القيادة وأنه موقن من حذقه ومهارته ، وكلاهما يكون مستهدفاً للخطر بدرجة واحدة . ومن غير المعقول أن يتطلب من أى شخص أن يوجه عنايته للغير أكثر مما يوجهها لنفسه (١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٧٨/٢ ص ٣٣٨) . وقضت محكمة الاستئناف فى أحكام كثيرة بأن من يقبل النقل مجاناً يعتبر أنه قد أعفى صاحب السيارة من مسئوليته ، فلا يستطيع الرجوع إلا إذا أثبت فى جانب صاحب السيارة خطأ جسيماً ، بأن أثبت أنه كان يسير بسرعة جنونية لا تجعله مسيطراً على السيارة ، أو أنه كان يسير بسرعة شديدة على مقربة من سيارة أخرى دون أن يوقد مصابيح سيارته (استئناف مختلط فى ١٣ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٢٧ — وفى ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٥ — وفى ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٦٣ — محكمة مصر المختلطة فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٠ ص ١٧٦) .

يثبت خطأ يسيراً طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية[1]؟ أما المسئولية على أساس الحراسة فيجب استبعادها ، إذ شرطها ألا يكون المضرور قد اشترك مجاناً فى استعمال الشىء الذى أحدث الضرر[2]. كذلك يجب استبعاد أن الصديق المضرور قد رضى بإخلاء مسئولية صاحب السيارة ، إذ حتى على فرض أن هذا صحيح فهو اتفاق على الإعفاء من مسئولية تقصيرية وهو لا يجوز . فلا يبقى إذن إلا الطريق الثالث ، ويكون صاحب السيارة مسئولا نحو صديقه المضرور إذا أثبت هذا خطأ يسيراً فى جانبه وفقاً للقواعد العامة[3] .

وهناك مسئولية تقصيرية أخرى تترتب على حوادث النقل إذا كان الضرر قد وقع لا على الراكب بل على المارة فى الطريق . ومن الأمثلة المألوفة أن يقود شخص سيارة

---

(١) أنظر من هذا الرأى بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٢٢ — جاردينا وريتشى فقرة ١٠٤ ص ٦٦٨ — جنى فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٨ — ١ — ٣٥٣ — ريبير فى تعليقه فى داللوز ١٩٢٨ — ١ — ١٤٦ — إسمان فى تعليقه فى سيريه ١٩٢٩ — ١ — ٢٤٩ . وبهذا الرأى أخذت محكمة النقض الفرنسية : ٢٧ مارس سنة ١٩٢٨ — داللوز ١٩٢٨ — ١ — ١٤٦ مع تعليق ريبير وسيريه ١٩٢٨ — ١ — ١٥٣ — وفى ١١ يونية سنة ١٩٢٧ داللوز الأسبوعى ١٩٢٨ ص ٤١٤ — وفى ٧ يناير سنة ١٩٢٩ سيريه ١٩٢٩ — ١ — ٢٤٩ مع تعليق إسمان — وفى ٢٢ يولية سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ١ — ٥٨٨ — وفى ١٨ يولية سنة ١٩٣٤ داللوز ١٩٣٥ — ١ — ٣٨ — وفى ٥ مايو سنة ١٩٤٢ سيريه ١٩٤٢ — ١ — ٢٥ مع تعليق هنرى مازو . (أنظر فى أحكام أخرى بهذا المعنى لمحكمة النقض الفرنسية مازو ١ فقرة ١٢٧٨) .

(٢) أنظر مازو ١ فقرة ١٢٧٤ — فقرة ١٢٧٥ وفقرة ١٢٨١ — فقرة ١٢٨٧ .

[وانظر مطول بيدان جـ ٩ مكرر (طبعة ١٩٥٢ بالاشتراك مع رودبير) بند ١٠٤٣ حيث يقرر أن القضاء الفرنسى قد استقر منذ صدور حكم النقض الفرنسى فى ٢٧/٣/١٩٢٨ (السابق الاشارة إليه) على استبعاد تأسيس المسئولية فى النقل المجانى على فكرة الحراسة . وأن هـذا هو الرأى الذى تؤيده غالبية الفقه . وانظر مع ذلك مقالا لجوسران عن النقل المجانى وحوادث السيارات فى داللوز الأسبوعى سنة ١٩٢٦ ص ٢١ — وانظر أيضا فى استعراض هذه الآراء المختلفة فى هذا الموضوع : مارتى ورينو جـ ٢ بند ٤٣٧ — دى باج جـ ٢ بند ١٠٤٦] .

(٣) أنظر فى هذا الموضوع مازو ١ فقرة ١٢٧٣ — فقرة ١٢٨٩ والمراجع المشار إليها فيـه (فقرة ١٢٧٤ هامش رقم ١ مكرر) . وانظر فى الفقه المصرى مقالا للدكتور حلمى بهجت بدوى فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية ص ١٣٧ — والأستاذ مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٦٦ — فقرة ٦٩ .

ويسير بسرعة ينجم عنها الخطر ، أو أن يسـير فى الليل دون أن يوقد مصباح السيارة ، أو أن يسير على الجانب الأيسر من الطريق[1] ، أو أن يدخل من شارع جانبى إلى شارع رئيسى دون أن ينتظر مرور السيارات التى تسير فى الشارع الرئيسى[2] . أو أن يغفل تنبيه العابرة إلى خطر يتهددهم من سيارته ، أو أن يخالف لوائح المرور ونظمها[3] .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سائق السـيارة ، حتى لو سار فى طريق ذى اتجاه واحد ، يجب عليه مع ذلك أن يلزم الجانب الأيمن من الطريق (استئناف مختلط فى ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن السـائق الذى يأتى من شارع جانبى يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذى يسير فى الشارع الرئيسى ، فإذا كان هذا الأخير يسير أيضاً بسرعة زائدة كان هناك خطأ مشترك (استئناف مختلط فى ٢٨ يونية سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٤) . وقضت محكمة الإسكندرية الـكلية المختلطة بأن السائق الذى يأتى من الشارع الأصغر يجب عليه أن ينتظر حتى يمر السائق الذى يسير فى الشارع الأكبر ، فإذا كان الشارعان متساويين فى الأهمية ، فالسائق الذى يأتى من جهة اليمين هو الذى يسبق (محكمة الإسكندرية الـكلية المختلطة فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٦) .

(٣) استئناف مختلط فى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ — وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ — وفى ١٣ نوفبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢٢ — وفى ٣ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢١٤ — وفى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٢٩ — وفى ٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٧ — وفى ٢٤ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٣٢ — وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٦ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ — وفى ٩ ينـاير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٣ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١١ .

وانظر فى حوادث السيارات : ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ — وفى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٣ — وفى ٣١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٦٧ — وفى ١٤ يونية سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٨١ — وفى ٢٩ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨٨ — وفى ٢٦ يونية سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٢٨ — وفى ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦ — وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٠٤ — وفى ٢٣ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٦ — وفى ٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٣ . وكان القضاء المختلط يقضى بأن المسئولية فى حوادث السيارات لا تبنى على مجرد أن المسئول هو مالك السيارة (استئناف مختلط فى ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢ — وفى ٩ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٧ — وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٣) ولـكن بعد نفاذ القانون المدنى الجديد تبنى المسئولية فى حوادث السيارات على أساس الحراسة ، فحارس السيارة هو المسئول ولا يتخلص من المسئولية إلا إذا أثبت السبب الأجنبى (م ١٧٨ من القانون المدنى الجديد) .

وكثيراً ما تقع الحوادث من قطـــــارات السكك الحديدية[1] والمركبات

(١) أنظر فى مسئولية مصلحة السكك الحديدية بسبب مصباح زيت معيب أحرق مركبة (استئناف مختلط فى ٤ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٩٩) — وبسبب عيب فى فرملة القطار (استئناف مختلط فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٩) — وبسبب إعطاء إشارات فجائية (استئناف مختلط فى ٢٥ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٦٦) — وبسبب وقوف القطار بعيداً عن المحطة (استئناف مختلط فى ١٦ يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٨) — وفى مسئوليتها عن الأضرار التى تصيب الموظفين (استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٢٠ — وفى ٢ أبريل ســنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٠٧ — وفى ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م١٧ ص ٣٠٢ — وفى ٣ يناير ســنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٢ — وفى ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٨) — وفى مسئوليتها عن خروج القطار عن الشريط (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ — وفى ١٤ يونية سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ — وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥١ — وفى ٣ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٥ — وفى ١٥ يونية سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٣٢٧ — وفى ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٢) — وفى المسئولية عن الشرر الذى يتطاير (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٥٩ — وفى ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٨) — وفى تصادم القطارات (استئناف مختلط فى ٢٥ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٨ — وفى ٣ نوفبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٢) وبسبب إحدى الحوادث (استئناف مختلط فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٦٣) . وانظر أيضاً نقض مدنى فى ١٥ نوفبر سنة ١٩٣٤ — المحاماة ١٥ رقم ١/٧٨ ص ١٥٠ — استئناف مصر فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ ص ١١٠٤ — وفى ٣ ديسبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٠٨ ص ٤٩٥ .

وأما عن حوادث مجازات (مزلقانات) السكة الحديد فقد قضت محكمة النقض فى دائرتها الجنائية بأنه إذا صح أن مصلحة السكة الحديد فى الأصل غير مكلفة بأن تقيم حراساً على المجازات لدفع الخطر عن المـارة من قطاراتها ، إلا أنها إذا أقامت حراساً بالفعل عهدت إليهم إقفالها كلما كان هناك خطر عليهم من اجتيازها، وفتحها حيث لا خطر ، وأصبح ذلك معهوداً للناس ، فقد حق لهم أن يعولوا ما أوجبته على نفسها من ذلك وأن يعتبروا ترك المجاز مفتوحاً إيذاناً بالمرور وبعدم وجود الخطر . فإذا ترك الحارس عمله وأبقى المجاز مفتوحاً حيث كان ينبغى أن يقفله وجب اعتباره متخلياً عن واجب فرضه على نفسه ، ومن ثم فعمله هذا إهمال بالمعنى الوارد بالمادتين ٢٣٨ و٢٤٤ عقوبات ، وتكون مصلحة السكة الحديد مسئولة عما ينشـأ من الضرر للغير من فعل تابعها على ما قضت به المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) ولا محل للتحدى هنا بأنه على الجمهور أن يحتاط لنفسه ، كما أنه لا محل للتحدى بنص لائحة السكة الحديد التى حظرت على الجمهور المرور بالمجازات عند اقتراب مرور القطارات ورتبت على مخالفة هذا الحظر جزاء متى كانت الواقعة الثابتة بالحكم لا تفيد أن سائق السيارة حاول المرور من المجاز مع علمه بالخطر . (نقض جنـائى فى ١٠ نوفبر سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٣١٩ ص ٩٠٥) .

[وانظر أيضاً نقض مدنى ٢٦ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٤٣ ص ٢٧٦] .

[وقد قضى فى هذا الحكم بأنه وإن كان صحيحاً أن مصلحة السكة الحديد غير مكلفة بإقامة المجازات أو بحراستها . إلا أنها متى أقامتها وعهدت بهـا إلى حراس يقومون على تنظيم حركة اجتيازها فيمنعون المرور عند الخطر ويأذنون به عند الأمان ، فقد حق للناس أن يعولوا على ما أخذت مصلحة السكك الحديد نفسها

الـكهربائية[1] وغير ذلك من وسائل النقل المختلفة[2] . ويلاحظ فى كل ذلك أن المسئول عن الخطأ ، وهو السائق ، استعمل رخصة أباحها له القانون ، بأن اتخذ وسيلة من وسائل النقل المعروفة ، فانحرف فى إتيان هذه الرخصة عن السلوك المألوف للرجل العادى ، وأضر

= به وأن يعتبروا المرور مأموناً متى فتح الحارس البوابة وأذن بالمرور ، ومن ثم يكون من غير المنتج فى نفى المسئولية عن العامل القائم على المزلقان ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من أنه لم يكن يعلم بقدوم القطار الذى صدم السيارة وأنه لم يكن فى مقدوره أن يسمع حركته أو أن يراه بسبب إطفاء أنواره] .

وقضت محكمة المنصورة الكلية الوطنية بأنه وإن كانت مصلحة السكة الحديد غير ملزمة بخفارة المزلقانات ، إلا أنها ملزمة باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتنبيه المارة بوجود المزلقانات ، وخاصة إن كانت تقع على طريق مطروق كثيراً بوضع فانوس للتحذير ليلا . وإذا وضعت مصلحة السكة الحديد فانوسين بنور أحمر على جانبى المزلقان لتحذير المارة ليلا ، ووضعت لوحة للاحتراس من القطارات فلا مسئولية عليها عنـد وقوع حادث (المنصورة الـكلية الوطنية فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٤ رقم ٣٣ ص ٧٠) .

وانظر من القضاء المختلط فى حوادث المزلقانات : استئناف مختلط فى ٥ فبراير سـنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٠٥ — وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٤٥ — وفى ١٠ ديسمبر سـنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٥٩ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٢١ — وفى ١٩ أبريل سـنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٦٤ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢١١ .

(١) انظر فى مسئولية شركة الترام عن سير القطار قبل أن ينزل الراكب (استئناف مختلط فى ٦ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٤ — وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٨ — وفى أول يونية سـنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢٩١ — وفى ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٧ — وفى ١٩ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٨ — وفى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٨) — وعن نزول الركاب مسرعين فى ذعر بسبب حادث وإصابتهم من جراء ذلك (استئناف مختلط فى ٣٠ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٣ — وفى ١٠ يونية سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٤ — وفى ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١١) — وعن إصابة المارة فى الطريق (استئناف مختلط فى ١٠ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤٩ — وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢١ — وفى ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ — وفى ١١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ — وفى ١٦ ديسمبر سـنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٦٨ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٧٩ — وفى ٢٠ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١١ — وفى ١٢ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ — وفى ١٠ ديسمبر سـنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٧٤ — وفى ١٥ نوفبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٥ — وفى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ — وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٤ — وفى ٩ مارس سـنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٦ — وفى ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤ — وفى ١٢ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٧ — وفى ٩ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٦ — وفى ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤١ — وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٩) .

(٢) انظر فى حوادث الطيارات : استئناف مختلط فى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٦ .

بالغير ، فكان هذا خطأ يستوجب المسئولية . وسنرى أن المسئولية فى أكثر هذه الأحوال ، بعد نفاذ التقنين المدنى الجديد ، لا تبنى على خطأ واجب الإثبات ، بل على أساس حراسة الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة أو الآلات الميكانيكية ، فيكون الحارس مسئولا عما تحدثه وسائل النقل من ضرر ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه (م ١٧٨ من القانون المدنى الجديد) ، وسيأتى تفصيل ذلك .

٥٤٧ — حوادث العمل : وليست حوادث العمل بأقل من حوادث النقل بعد تقدم المخترعات الميكانيكية وشيوع الصناعات الكبرى ، ولعل حوادث النقل وحوادث العمل هى أبلغ الحوادث أثراً فى تطور المسئولية التقصيرية .

وقبل صدور قانون العمل رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ (وقد حل محله القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠) كان القضاء المصرى لا يجعل صاحب العمل مسئولا قبل العامل عن حوادث العمل إلا إذا أثبت العامل خطأ فى جانب صاحب العمل[1] . ولكنه كان يكتفى بإثبات أى إهمال[2] ، ويوجب على صاحب العمل أن يتخذ الاحتياطات اللازمة حتى يحمى العمال من مخاطر العمل وإلا كان مسئولا[3] . وتصبح مسئولية صاحب العمل أشد إذا كان

(١) استئناف مختلط فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ١٩ — وفى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٥١ — وفى ٨ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٥٥ — وفى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٥ — وفى ١٤ يونية سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٥ — وفى ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧٢ — وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٣ — وفى ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٥١ — وفى ١٧ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ — وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩٦ — وفى ٧ يونية سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٩ — وفى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٩١ — وفى ٥ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢١١ — وفى ١٧ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٣٤ — وفى ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦١ — وفى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٨ — وفى ٢٤ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٢٩ — وفى ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨١ — وفى ٢٨ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٥٤٢ — وفى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٧١ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٤ نوفبر سنة ١٨٨٧ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ١٩ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ .

(٣) استئناف مختلط فى ٣ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٠٣ — وفى أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ =

العامل صبياً صغير السن[١] . ولا يستطيع صاحب العمل أن يخفف باتفاق من مسئوليته التقصيرية[٢] . وهو مسئول عن خطأ تابعه[٣] . ولكن يجوز أن يتعهد بتعويض العمال تعويضاً مقدماً عن مخاطر العمل[٤] . وترتفع مسئوليته إذا كان الضرر قد وقع بخطأ العامل نفسه[٥] .

وبعد أن صدر قانون رقم ٦٤ لسنة ١٩٣٦ ، ثم قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٥٠ الذى حل محله[٦] ، خضعت حوادث العمل لهذا التشريع الجديد ، ولم يعد يجوز للعامل فيما يتعلق بحوادث العمل أن يتمسك ضد رب العمل بأحكام أى قانون آخر ما لم يكن الحادث قد

= ص ٢٧٨ — وفى ١٨ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٦٢ — وفى ١٨ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٠٤ — وفى ١١ نوفبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٢٨ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٣٧ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٣٦ — وفى ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٩ — وفى ٣ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦١ — وفى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ .

(١) استئناف مختلط فى ٣٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٤ — وفى ٢٧ مايو سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٤١٩ ص ١٧٠ — وفى ٢١ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٤ — وفى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٩ .

(٢) استئناف مختلط فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٩٣ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٨ — وفى ١١ نوفبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٢٨ — وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٥٠ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٣ نوفبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٦ — وفى أول أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٠٤ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

(٥) استئناف مختلط فى ١٣ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٥١ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٩١ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨٣ .

(٦) [وقد ألغى هذا القانون وحل محله القانون رقم ٢٠٢ لسنة ١٩٥٨ ثم صدر القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٥٩ — الخاص بالتأمينات الاجتماعية — واشتمل على نصوص أخرى فى شأن تأمين إصابات العمل والتعويض عنها وعن أمراض المهنة : تراجع المواد ١٩ وما بعدها من هذا القانون — الذى ألغى القوانين السابقة عليه وحل محلها — وقد عدل بدوره بموجب القانونين رقم ١٤٣ و ١٥٥ لسنة ١٩٦١].

نشأ عن خطأ جسيم من جانب رب العمل[1] .

٥٤٨ — المسئولية عن الأخطاء الفنية فى مزاولة المهنة[2] : وكثيراً مايخطىء رجال الفن من أطباء وصيادلة ومهندسين ومحامين وغير ذلك فى مزاولة مهنهم . فالطبيب قد يخطىء وهو يقوم بعملية جراحية ، وقد يخطىء الصيدلى فى تركيب الدواء ، والمهندس فى عمل التصميم الهندسى ، والمحامى فى القيام بإجراءات التقاضى ومراعاة المواعيد المقررة لذلك .

وأول ما تجب ملاحظته فى هذا الشأن أن مسئولية هؤلاء الفنيين تكون فى أكثر الأحوال مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، لأنهم يرتبطون بعقود مع عملائهم فى تقديم خدماتهم الفنية[3] ، ولـكن الخدمة الفنية التى يلتزمون بتقديمها بمقتضى العقد لا تزيد

(١) أنظر آنفاً فقرة ٥٢٢ فى الهامش . وانظر استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٥ .

(٢) [أنظر فى الخطأ والمسئولية المهنية الدكتور سليمان مرقس دروس الدكتوراه صفحة ٣٦٥ بند ١٨٤ — ورينيه مارتان فى الخطأ المهنى رسالة من ليون سنة ١٩٣٤ وجان سافاتييه رسالة من بواتييه سنة ١٩٤٧ . وانظر مارتى ورينو ج ٢ بند ٤١٥] .

(٣) الدكتور وديع فرج فى مسئولية الأطباء الجراحين المدنية — مقال فى مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها [والدكتور حسن الابراشى رسالة من القاهرة سنة ١٩٥١ فى مسئولية الأطباء والجراحين — والدكتور محمد فائق الجوهرى المسئولية الطبية — رسالة من القاهرة ١٩٥٦] — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٨ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٢٤ — جوسران ٢ فقرة ١٢٨٧ — مازو ١ فقرة ١٤٨ وفقرة ٥٠٨ — لالو فقرة ٤٢٢ — سافاتييه فقرة ٧٧٥ — نقض فرنسى فى ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ١ — ٣١٤ — وفى ٢٧ يونية سنة ١٩٣٩ سيريه ١٩٤٠ — ١ — ٧٣ — وفى ٢٧ مايو سنة ١٩٤٠ سيريه ١٩٤٠ — ١ — ٨٤ . [وانظر مارتى ورينو ج ٢ ص ٤٠٩ هامش ١ والمراجع المشار إليها فيه] .

أما القضاء فى مصر فيقضى بأن مسئولية الطبيب مسئولية تقصيرية بعيدة عن المسئولية العقدية (نقض مدنى فى ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦ — استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٨٥ ص ٢٥٨ — اسكندرية ومصر الوطنية فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨ .

[قارن الدكتور مرقس دروس الدكتوراه صفحة ٣٧٧ (آخر البند ١٨٧) حيث يرى أن مسئولية الطبيب تـكون عقدية كلما تولى الطبيب علاج المريض بنـاء على طلب المريض أو أى شخص ينوب عنه أما إذا كان الطبيب قد تطوع للعلاج من تلقاء نفسه أو كان مكلفاً بالعلاج بحكم القوانين واللوائح فإن مسئوليته تـكون تقصيرية . وكذلك إذا كان ضرر المريض ناشئاً عن رفض الطبيب علاجه أو قبوله فى مستشفى] .

على أن تكون بذل عناية فنية معينة هى التى تقتضيها أصول المهنة التى ينتمون إليها . فالتزامهم بالعقد هو إذن التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية . ومن ثم يتلاقى بالنسبة إليهم معيار المسئولية العقدية بمعيار المسئوليةالتقصيرية . فهم فى المسئولية التقصيرية يطلب منهم أيضاً بذل العناية الفنية التى تقتضيها أصول المهنة ، فإن هذا هو السلوك الفنى المألوف من رجل من أوسطهم علما وكفاية ويقظة . فالانحراف عن هذا المعيار ، سواء كانت المسئولية عقدية أو تقصيرية ، يعتبر خطأ مهنياً faute professionnelle. وغنى عن البيان ألا خيرة بين المسئوليتين ، فإذا كان الخطأ المهنى عقدياً جب المسئولية التقصيرية . وإذا كان معيار الخطأ المهنى واحداً فى المسئوليتين ، فهناك فروق معروفة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية تجعل انعدام الخيرة بين المسئوليتين ذا أهمية عملية . ونقتصر هنا على معيار الخطأ المهنى ، وهو واحد فى المسئوليتين كما قدمنا .

ذهب بعض الفقهاء فى فرنسا إلى وجوب التمييز فى مزاولة المهنة بين الخطأ العادى والخطأ المهنى . فالخطأ العادى هو ما يرتكبه صاحب المهنة عند مزاولة مهنته دون أن يكون لهذا الخطأ علاقة بالأصول الفنية لهذه المهنة ، كما إذا أجرى الطبيب عملية جراحية وهو سكران . ومعيار الخطأ العادى هو معيار الخطأ المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى . أما الخطأ المهنى فهو خطأ يتصل بالأصول الفنية للمهنة ، كما إذا أخطأ الطبيب فى تشخيص المرض . ولا يسأل صاحب المهنة ، فى نظر هؤلاء الفقهاء ، عن الخطأ المهنى إلا إذا كان خطأ جسيما ، حتى لا يقعد به الخوف من المسئولية عن أن يزاول مهنته بما ينبغى له من الحرية فى العمل ومن الطمأنينة والثقة فى فنه وفى كفايته الشخصية[1] .

---

(١) لوران ٤ فقرة ١١٨٧ . ديموج ٢٦٤ — سافاتييه فى تعليقه فى داللوز ١٩٣٩ — ١ — ٤٩ .

[وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن إباحة عمل الطبيب أو الصيدلى مشروطة بأن يكون ما يجريه مطابقاً للأصول العلمية المقررة ، فإذا فرط أحدهما فى إتباع هذه الأصول أو خالفها حقت عليه المسئولية (الجنائية) بحسب تعمده الفعل ونتيجته ، أو تقصيره وعدم تحرزه فى أداء عمله . فخطأ الصيدلى بتحضيره محلول البونتوكايين كمخدر موضعى بنسبة ١ ./. وهى تزيد على النسبة المسموح بها طبياً وهى =

وبهذا الرأى أخذ القضاء المختلط فى بعض أحكامه[1] .

والتمييز بين الخطأ المهنى فى مزاولة المهنة ، فوق أنه دقيق فى بعض الحالات[2] ، لا مبرر له . وإذا كان الطبيب أو غيره من الرجال الفنيين فى حاجة إلى الطمأنينة والثقة ، فإن المريض أو غيره من العملاء فى حاجة إلى الحماية من الأخطاء الفنية . والواجب اعتبار الرجل الفنى مسئولا عن خطئه المهنى مسئوليته عن خطئه العادى ، فيسأل فى هذا وذاك حتى عن الخطأ اليسير . وبهذا أخذ القضاء والفقه فى فرنسا وفى مصر[3] . والذى أدخل

= ١/١٠٠٠ توجبمسئوليته جنائياً ومدنياً . كما أن قيام الطبيب بإجراء عملية جراحية تستغرق أكثر من ساعة دون الاستعانة بطبيب إخصائى للتخدير وقيامه هو بحقن المريض بمخدر ودون الإطلاع على زجاجته لمعرفة ما إذا كان هو المخدر الذى طلبه أم غيره يعتبر خطأ موجبا لمسئوليته جنائياً ومدنياً .

(نقض جنائى فى ١٩٥٩/١/٢٧ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١٠ رقم ٢٣ ص ٩١)] .

(١) قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها بأن مسئولية الأطباء لا تتحقق إلا فى خطأ جسيم : ٢٩ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ — ٢ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٩ — ٢ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠ — ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٤ — ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٩ — ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٠ .

(٢) [أنظر الدكتور مرقس : دروس الدكتوراه فى المسئولية ص ٣٧١ حيث يضرب أمثلة على دقة التفرقة بين الخطأ الفنى والخطأ العادى منها خطأ الطبيب الذى لم يأمر بنقل المريض إلى المستشفى فى الوقت المناسب إذ لا يسهل وصفه بأنه خطأ عادى أو خطأ فنى . وكذلك إذا باشر الطبيب عملية جراحية خطيرة لا لغرض علاجى بل لمجرد إزالة عيوب طبيعية لا أثر لها فى الصحة إطلاقاً] .

(٣) سوردا فقرة ٦٧٧ مكررة — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٢٤ — لالو فقرة ٤٢٦ — مازو ١ فقرة ٥١١ . محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ يوليو ١٩١٩ داللوز ١٩٢٠ — ١ — ٣٠ — وفى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٠ سيريه ١٩٢١ — ١ — ١١٩ — وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ داللوز ١٩٣٦ — ١ — ٨٨ — وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ٢ — ٧٢١ — جرينوبل فى ٤ نوفبر سنة ١٩٤٦ سيريه ١٩٤٧ — ٢ — ٣٨ .

وقضت محكمة استئناف مصر بأن مسئولية الطبيب تخضع للقواعد العامة متى تحقق وجود خطأ مهما كان نوعه ، سواء كان خطأ فنياً أو غير فنى ، جسيما أو يسيراً . لهذا فإنه يصح الحكم على الطبيب الذى يرتكب خطأ يسيراً ، ولو أن هذا الخطأ له مسحه طبية ظاهرة (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣) . وقضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأن الطبيب الذى يخطىء مسئول عن نتيجة خطئه ، بدون تفريق بين الخطأ الهين والجسيم ، ولا بين الفنيين وغيرهم . . . والقول بعدم مساءلة الطبيب فى حالة خطأ المهنة إلا عن خطئه الجسيم دون اليسير ، هذا القول كان مثار اعتراضات لوجود صعوبات =

اللبس فى شأن الخطأ المهنى أن المعيار الذى يقاس به هذا الخطأ هو أيضاً معيار فنى . فهو معيار شخص من أوساط رجال الفن . مثل هذا الشخص لا يجوز له أن يخطىء فيما استقرت عليه أصول فنه . والأصول المستقرة للفن هى ما لم تعد محلا للمناقشة بين رجال هذا الفن ، بل إن جمهرتهم يسلمون بها ولا يقبلون فيها جدلا[1] . ومن ثم يبدو الخروج على هذه الأصول

= فى التمييز بين نوعى الخطأ ، ولأن نص القانون الذى يرتب مسئولية المخطىء عن خطئه جاء عاما غير مقيد، فلم يفرق بين الخطأ الهين والجسيم ولا بين الفنيين وغيرهم . ويسأل الطبيب عن إهماله سواء كان خطأ جسيماً أو يسيراً ، فلا يتمتع الأطباء باستثناء خاص (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨) — أنظر أيضاً استئناف مصر فى ١٦ أبريل سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٥٣ ص ٨٤ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ٥٥ ص ١٣٢ . وقضت محكمة النقض بأن الطبيب مسئول عن تعويض الضرر المترتب على خطئه فى المعالجة ، ومسئوليته هذه مسئولية تقصيرية (كذا) بعيدة عن المسئولية التعاقدية ، فقاضى الموضوع يستخلص ثبوتها من جميع عناصر الدعوى من غير مراقبة عليه (نقض مدنى فى ٢٢ يونية سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة تقضى فى الماضى بمسئولية الطبيب ولو عن خطأ يسير مادام محققاً متميزاً (certaine et caractérisée) استئناف مختلط فى ٣ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٢٠ — وفى ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣ .

وانظر فى الفقه المصرى : الدكتور سليمان مرقس فى بحثه فى مسئولية الطبيب ومسئولية إدارة المستشفى (مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٥٥ وما بعدها) وفى مؤلفه الفعل الضار فقرة ٤٢ — فقرة ٤٤ — الدكتور وديع فرج فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص ٣٨١ وما بعدها) — مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٧٠ — ٧٣ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٥٤ فقرة ٤٣٦ .

(١) أما المسائل الفنية التى تقبل المناقشة والتى لم يستقر عليها إجماع من أهل الفن ، فهذه لا شأن للقاضى بها ، وليس له أن يتدخل فيها برأى شخصى يرجح مذهباً على مذهب . وفى هذا المعنى تقول محكمة الإسكندرية الوطنية الكلية : « يسأل الطبيب عن خطئه فى العلاج إن كان الخطأ ظاهراً لا يحتمل نقاشاً فنياً تختلف فيه الآراء . فإن وجدت مسائل علمية يتجادل فيها الأطباء ويختلفون عليها ، ورأى الطبيب اتباع نظرية قال بها العلماء ولو لم يستقر الرأى عليها فاتبعها فلا لوم عليه . وعلى القضاء أن يتفادى النظر فى المناقشات الفنية عند تقدير مسئولية الأطباء ، إذ مهمته ليست المفاضلة بين طرق العلاج المختلف عليها ، بل قاصرة على التثبت من خطأ الطبيب المعالج » (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٣٥ ص ٧٨ وقد سبقت الإشارة إليه) — ومن ثم فالخطأ المهنى ، ولو كان يسيراً ، يجب أن يكون ثابتاً ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية . وفى هذا المعنى تقول محكمة استئناف مصر : « مسئولية الطبيب عن خطئه مسئولية تقصيرية (كذا) بعيدة عن المسئولية التعاقدية . ومن مصلحة الإنسان أن يترك باب الاجتهاد مفتوحاً أمام الطبيب حتى يتمكن من القيام بمهمته العالية من حيث خدمة المريض وتخفيف آلامه وهو آمن مطمئن لا يسأل =

المستقرة خطأ لا يغتفر ، ويكاد يلامس الخطأ الجسيم ، فاختلط به . ولكن يجب التنبيه إلى أن أى خروج على هذه الأصول المستقرة ، جسيماً كان هذا الخروج أو يسيراً ، يعد خطأ مهنياً يستوجب المسئولية . والشخص الفنى الوسط الذى يؤخذ معياراً للخطأ المهنى يجب ألا يتجرد من الظروف الخارجية ، وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الصدد . فإذا كان طبيباً وجب النظر إلى أية طائفة من الأطباء ينتمى : هل هو طبيب يزاول الطب بصفة عامة أو يعالج مرضى الحى من مختلف انواع المرض ، أو هو إخصائى لا يعالج إلا أنواعاً معينة من المرض ، أو هو العالم الثقة الذى يرجع إليه فى الحالات المستعصية . لكل من هؤلاء أجره . ولكل مستواه المهنى ، ولكل معياره الفنى [1] . وما يقال فى الطبيب يقال فى المحامى والمهندس والزراعى وغيرهم من رجال الفن [2] .

٥٤٩ — الاعتداء على الشرف والسمعة : وكثيراً ما يكون الخطأ اعتداء على الشرف والسمعة . وليس من الضرورى أن يكون المعتدى سيء النية ، بل يكفى أن يكون أرعن متسرعاً ، وفى الرعونة والتسرع انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وهذا خطأ موجب للمسئولية . والاعتداء على الشرف والسمعة يقع بطرق مختلفة :

= إلا إذا ثبت ثبوتاً ظاهراً بصفة قاطعة لا احتمالية أنه ارتكب عيباً لا يأتيه من له إلمام بالفن الطبى إلا عن رعونة وعدم تبصر » (٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٨٥ ص ٢٥٨) .

(١) وتقول محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى : « وبالنسبة للأطباء الإخصائيين يجب استعمال منتهى الشدة معهم ، وجعلهم مسئولين عن أى خطأ ولو كان يسيراً ، خصوصاً إذا ساءت حالة المريض بسبب معالجتهم ، لأن واجبهم الدقة فى التشخيص والاعتناء وعدم الإهمال فى المعالجة » (٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٦ رقم ٣٣٤ ص ٧١٣ وقد سبقت الإشارة إليه) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى الدكتور وديع فرج فى مسئولية الأطباء والجراحين المدنية (مجلة القانون والاقتصاد ١٢ ص٣٩٩ — ص٤٠٠ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٤٤) .

(٢) [انظر فى مسئولية المحامين : دروس الدكتوراه للدكتور سليمان مرقس — بند ١٩٢ ص ٣٩٦ — وفى مسئولية المهندسين والمقاولين : نفس المرجع ص ٣٩٨ بند ١٩٣ — وفى مسئولية المصارف بند ١٩٤ ص ٣٩٩ — وانظر أيضاً دى باج ج ٢ بند ١٣٩٥ و ١٦٧٨ وما بعده . وكذلك بند ١٤٢٤ — بيدان ج ٩ مكرر بند ١٤١٧ — وانظر نقض مدنى ١٩٥٣/٤/٢٣ — مجموعة أحكام النقض ٤ ص ٩١٦ رقم ١٣٦ حيث قضى بمسئولية المحامى عن تعويض موكلته إذا لم يباشر الاستئناف المرفوع منها عن حكم صدر ضدها بعد أن اتفق معها على الحضور فى ذلك الاستئناف] .

يقع عن طريق النشر فى الصحف بالسب والقذف[١]، حتى لو انتفى سوء النية ما دامت هناك رعونة وعدم احتياط[٢]. ولكن يراعى عدم التشدد فى اعتبار ما ينشر فى الصحف سباً أو قذفاً فى بعض الظروف التى تقتضى الإطلاق من حرية الصحافة من أجل المصلحة العامة، وذلك كظروف الحرب[٣]، وظروف الانتخابات[٤]، وفى الحملات الصحفية التى تقوم لغرض التطهير من فساد منتشر[٥]، وفى النقد العلمى والفنى البرىء[٦].

ويقع الاعتداء عن طريق البلاغ الكاذب. وليس سوء النية شرطاً فى المسئولية التقصيرية كما هو شرط فى المسئولية الجنائية. فقد يحفظ البلاغ الكاذب ويكون صاحب البلاغ مع ذلك مسئولا مدنياً لأنه كان أرعن متسرعاً ولو أنه لم يكن سيء النية[٧]. كما قد يكون صاحب البلاغ غير مسئول لا جنائياً ولا مدنياً لأنه لم يكن سيء النية ولم يرتكب رعونة أو تسرعاً[٨]. ويكفى لنفى التسرع والرعونة أن يتجمع لدى المبلغ من الدلائل

---

(١) استئناف مختلط فى ٢ يونيـة سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٩٨ — وفى ٢١ فبراير ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ — وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٩٨ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٨ .

(٢) استئناف مختلط فى ٣ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٣٥ — وفى ٦ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩١ — وفى ٢٧ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٢ — وفى ٣ ينـاير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٤ — وفى أول مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٨ — وفى ٢ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٨٦ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢١ يونية سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٢ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٤ .

(٥) استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٣٧ .

(٦) استئناف مختلط فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٩٠ — وفى ١٢ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٥١ . وانظر فى حدود النقد المباح من النواحى العلمية والأدبية والتاريخية مازو ١ فقرة ٥١٥ — ٥ .

(٧) دائرة النقض بمحكمة الاستئناف فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسميـة ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ — استئناف وطنى فى ١٩ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤٤١ ص ٢٨٢ — استئناف مختلط فى ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٣٢ — وفى ١٠ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٣٥ .

(٨) استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٢ — وفى ١٦ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٥٦ .

ما يلقى فى روعه صحة ما يبلغ عنه ولو لم يكن صحيحاً فى الواقع . ويتخذ فى هذا معيار موضوعى مجرد هو المعيار المعروف للخطأ . فلا يكفى أن تكون هذه الدلائل قد ألقت فى روع المبلغ ذاته صحة ما بلغ عنه ، بل يجب أن يكون من شأن هذه الدلائل أن تلقى ذلك فى روع الشخص العادى المجرد عن الظروف الداخلية التى تحيط بالمبلغ(١) .

ويقع الاعتداء عن طريق دفاع فى دعوى يتهم فيها الخصم خصمه أو يتهم الشهود أو الخبراء تهماً غير صحيحة تنطوى على الرعونة والتسرع ، حتى لو لم يكن الخصم سيء النية فى هذا الاتهام(٢) .

ويقع الاعتداء عن طريق إذاعة أخبار غير صحيحة أو إشاعات كاذبة تمس سمعة شخص ، دون أن يصطنع المذيع الحيطة الواجبة للتثبت من هذه الأخبار والإشاعات قبل إذاعتها(٣) .

ويقع الاعتداء عن طريق إعطاء معلومات كاذبة ، بسوء نية أو عن رعونة(٤) . ولكن المصلحة التى تذكر أسباب فصل موظف من موظفيها بناء على طلب قدم لها فى هذا الشأن لا تكون مسئولة(٥) . ولا يكون مسئولا بوجه عام من أعطى معلومات عن

---

(١) أما إذا كان المبلغ موظفاً من موظفى الأمن العام فلا مسئولية عليه إذا هو بلغ قبل أن يتثبت من صحة الخبر إذا قامت عنده شبهات جدية كافية ، لأن التبليغ عن الجرائم واجب عليه بمقتضى القانون (محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٠ رقم ١٦٩ ص ٣٣٧) . كذلك يكفى لعدم مسئولية المبلغ أن يكون هو المجنى عليه متى قامت لديه شبهات جدية تبرر الاتهام (أنظر فى الموضوع مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٨٥ — مازو ١ فقرة ٥٠٠) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٣٠ — وفى ٢٩ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٨٠ — وفى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢١ — وفى ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٢٧ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٩ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤١٩ (وقد سبقت الإشارة إليه) . أنظر أيضا مازو ١ فقرة ٥٠١ .

(٥) محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٤١٢ ص ٥٣٨ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٨٦ .

الغير بحسن نية وبطريقة سرية و بناء على طلب معين[1] .

٥٥٠ — فسخ الخطبة والإغواء : والخطبة ، أو الوعد بالزواج ، ليست عقداً ملزماً ، لأنه لا يجوز أن يتقيد شخص — بعقد — أن يتزوج ، ومن باب أولى أن يتزوج من شخص معين ، فمثل هذا التقييد يكون مخالفاً للنظام العام . ولكن فسخ الخطبة أو الإخلال بالوعد بالزواج ، إذ لم يكن خطأ عقدياً ، قد يكون خطأ تقصيرياً يوجب التعويض[2] . ومعيار الخطأ هنا هو المعيار المعروف ، فإذا انحرف الخطيب وهو يفسخ الخطبة عن السلوك المألوف للشخص العادى فى مثل الظروف الخارجية التى أحاطت بالخطيب ، كان فسخ الخطبة خطأ يوجب المسألة التقصيرية . والأصل أن فسخ الخطبة لا يجعل حقاً فى التعويض إلا عن الضرر المادى[3] . ولكن إذا سبقه استغواء فإنه يلزم بالتعويض عن الضرر الأدبى[4] .

---

(١) استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٤ .

(٢) استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ — وفى ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٨٩ — وكفسخ الخطبة الطلاق ، كلاهما رخصة لا يجوز الانحراف فى استعمالها عن السلوك المألوف للشخص العادى . فإذا غير زوج مسيحى دينه ليطلق امرأته كان مسئولا عن التعويض (استئناف مختلط فى ٥ يونية سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٨٧) . أما الزوج المسلم إذا طلق امرأته فلا يكون فى الأصل مسئولا إلا عن مؤخر الصداق (استئناف مصر فى ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٥٨ ص ١١٩ — استئناف مختلط فى ٢٠ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٦) . ولكنه قد يكون مسئولا أيضاً عن التعويض إذا كان استعماله لرخصة الطلاق خطأ يوجب مسئوليته التقصيرية (محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦٥ ص ١٠٧ — محكمة شبين الكوم فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢/٢٧٧ ص ٥٤٠ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٦٤ ص١١٣٣ — قارن محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٨ ص ٨٢ — وانظر فى هذا الموضوع رسالة الدكتور السعيد مصطفى السعيد [وانظر كذلك كتاباً للدكتور توفيق حسن فرج بعنوان : الطبيعة القانونية للخطبة ، وأساس التعويض فى حالة العدول عنها — مطبعة جامعة الاسكندرية سنة ١٩٦٣] .

(٣) استئناف مختلط فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢١٤ — وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٣٢٣ ص ٢٥٢ — وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٧ .

على أنه إذا استسلم الخطيبان للضعف الجنسى ، فلا تعويض لا لضرر مادى ولا لضرر أدبى ، حتى لو كان هناك مشروع للزواج لم يتم[1] . وإذا كان فسخ الخطبة بين خطيبين أحدهما قاصر ، فوالد الخطيبة هو المسئول إذا كان هو السبب فى الفسخ[2] .

هذه المبادىء الواضحة ، على وضوحها ، لم تستقر فى القضاء المصرى إلا بعد اضطراب وتأرجح . فقد صدرت أحكام ، من القضاء الوطنى بنوع خاص ، تقضى بأن فسخ الخطبة لايوجب التعويض إذ هو أمر مباح فلاسبيل إلى تحميل الخاطب ، الذى يعدل ، مسئولية عمل مشروع ، والقضاء ممنوع من تقييد المباحات العامة ، كما أن تحرى العوامل التى دعت إلى فسخ الخطبة والظروف التى لابست هذا الفسخ يقتضى التدخل فى أدق الشؤون الشخصية والاعتبارات اللصيقة بحرمات الناس ، هذا إلى أن الشريعة لم تحمل الزوج الذى يطلق قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذى دفعه ، فكيف يصح إلزام الخاطب بتعويض قد يربى على ذلك إن هو عدل عن الخطبة[3] وفى الوقت ذاته صدرت أحكام أخرى ، من القضاء الوطنى والقضاء المختلط ، تقضى بجواز التعويض عن فسخ الخطبة ، وبخاصة إذا سبق الفسخ استهواء أو سببت الخطبة مصروفات أو أخذت صورة واضحة من العلانية . ذلك أن الحكمة فى جواز العدول عن الخطبة هى تمكين طرفيها من تفادى الارتباط بزواج لا يحقق الغاية المرجوة منه ، فلا تحمى الشرائع عدولاً طائشاً لا يبرره مسوغ يقتضيه ، وخسارة نصف المهر فى حالة الطلاق قبل الدخول ليست إلا مقابلا للطلاق فى ذاته مجرداً عن كل ظرف آخر يجعل منه فعلا ضاراً موجباً للمسئولية المدنية ،

---

(١) استئناف مختلط فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٨٤ .

(٢) استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ .

(٣) أنظر فى هذا المعنى استئناف مصر الوطنية فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ ص ٣٢٤ — وفى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٤٥ ص ٦٨ — وفى ٣٠ يونية سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٣١٣ ص ٦٢٦ — وفى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٤٢٢ ص ٨٥٥ — محكمة الزقازيق الاستئنافية فى ٣ نوفبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٧٥ ص ١٣٢ .

ولا يستطيع القضاء أن يتخلى عن سلطته فى تقدير الأفعال التى يترتب عليها إضرار أحد الخطيبين بالآخر ، سواء كان ذلك بسلوكه أثناء الخطبة أو بعدوله عنها بكيفية ضارة ، احتجاجاً بدقة تقدير مثل هذه الأمور الشخصية اللصيقة بالحرمات . فما كانت دقة النزاع لتصلح دفعاً يعدم اختصاص القضاء بنظره ، وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه شىء أكثر من الأعراض والحرمات لمساسها بذات الإنسان[1] . ثم إن الأحكام التى قضت بجواز التعويض ذهب بعضها إلى أن الخطبة عقد ملزم ، العدول عن الوفاء به يوجب التعويض[2] . ولكن الكثرة الغالبة ذهبت إلى أن التعويض إنما يعطى على أساس المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية[3] .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١ — وفى ٣٠ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦٧ ص ٥٣٩ — محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ ص ٥٣ — وفى ١٤ نوفبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٣٠ ص ٧٣ — استئناف سوهاج الكلية فى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦ — استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٢٠ ص ٣٠٧ — وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٩ — وفى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٦ — وفى ٢١ نوفبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣٢ — وفى ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٢ . ويؤيد الأستاذ مصطفى مرعى هذا الرأى فى كتابه المسئولية المدنية (فقرة ١١٧ — فقرة ١٢١) ويورد طائفة من أحكام القضاء التى أخذت به والتى أخذت بعكسه .

(٢) وأظهر حكم فى هذا المعنى ما قضت به محكمة سوهاج الكلية ، وقد جاء فى حكمها ما يأتى : « الخطبة تنشىء علاقات بين الطرفين لا يجوز تجاهلها ، كما لا يمكن إغفال اعتبارها ولا تجريدها من أى تقدير قانونى . ففيها يصدر إيجاب يقترن بقبول على الوعد بالزواج ، فهو ارتباط قانونى وعقد قائم . وفى هذا العقد يلتزم كل من الطرفين بإجراء التعاقد النهائى فى الوقت الملائم . وإنه وإن كان ليس ثمة مايوجب وفاء الالتزام عيناً أى إجراء هذا التعاقد النهائى لأن الوعد بالتعاقد لا ينشىء إلا حقاً شخصياً ، إلا أن العدول عن الوفاء بهذا الالتزام يوجب التعويض . وليس فى هذا ما يمس حرية الزواج إطلاقاً ، إذ لكل من الطرفين أصلا أن يعدل عن وعده . ولكن إذا أجرى ذلك فى تهور أو عنف أو خالياً مما يبرره أو بغير مسوغ مشروع أو لمجرد الهوى ، فإن ذلك يوجب التعويض . والتعويض الأدبى لا يقصد به الإثراء ولكن لرد الكرامة ومحو الأثر السيىء الذى تخلف عن فعل المخطىء . وتستحق المخطوبة تعويضاً مادياً عما لحقها من ضرر فيما تكلفته من معدات الزواج فى مجموعها ما دامت لا تضمن الانتفاع بها على الوجه الصحيح » (سوهاج الكلية فى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٨ رقم ٤٣٤ ص ١٠٥٦ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٣) وتقول محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى هذا المعنى ما يأتى : « ومنشأ المسئولية فى هذه =

والذى يمكن تقريره فى هذا الشأن ، باعتبار أن القضاء قد استقر عليه ، هو ما يأتى : (١) الخطبة ليست بعقد ملزم . (٢) مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض (٣) اذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ، ألحقت ضرراً بأحد الخطيبين ، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية . وقد قررت محكمة النقض أخيراً هذه المبادىء فى حكم لها جاء فيه ما يأتى : « إن الخطبة ليست إلا تمهيداً لعقد الزواج . وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحداً من المتواعدين ، فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء خصوصاً وأنه يجب فى هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية فى مباشرته ، لما للزواج من الخطر فى شئون المجتمع . وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهدداً بالتعويض . ولكن إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه ، باعتبار أنهما مجرد وعد فعدول ، قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاماً ، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضرراً مادياً أو أدبياً بأحد المتواعدين ، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه . وذلك على أساس أنها هى فى حد ذاتها — بغض النظر عن العدول المجرد — أفعال ضارة موجبة للتعويض[1] .

= الحالة هو الإساءة وهى فعل ضار ، فهى مسئولية عن شبه جنحة ، وليست مسئولية تعاقدية منشؤها الإخلال بعقد » . (الاسكندرية الكلية الوطنية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢٧ ص ٥٣ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(١) نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٤ ص ٣٠ — انظر أيضاً فى هذا المعنى نظرية العقد للمؤلف فقرة ٤٨٠ . [وانظر محكمة بنها الكلية ١٦ مارس سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ١٩٥ ص ٤١٥] .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة فى ذاتها ومستقلة عنه استقلالا تاماً ومنسوبة لأحد الطرفين وأن ينتج عنه ضرر مادى أو أدبى للطرف الآخر . فاذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالتعويض عن فسخ الخطبة على ما ورد فيه من أن الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طمعه فى مال والد خطيبته لرفضه أن يخص ابنته بنصيبها فى ماله حال حياته ، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولا طائشاً ليس له مسوغ يقتضيه ورتبت عليه الحكم بالتعويض ، وكان سبب العدول على هذا النحو لاصقاً بالعدول ذاته ومجرداً عن أى فعل خاطىء مستقل عنه ، فان الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى القانون إذ قضى للمطعون عليها بالتعويض . نقض مدنى فى ١٩٦٠/٤/٨ مجموعة =

أما الإغواء (séduction) فلا يكون سبباً فى التعويض إلا إذا اصطحب بالخديعة والغش أو اقترن بضغط أدبى [1] . فإذا كانت ضحية الإغواء فى سن تسمح بتدبر العواقب ، كان هذا سبباً فى تخفيف التعويض [2] . وإذا كانت العلاقة الجنسية نتيجة استسلام متبادل سكن إليه الطرفان ، ورضيت المرأة أن تكون خليلة على علم من أقاربها فلا تعويض [3] فإذا وعد الخليل خليلته بعد هجرها بالتعويض كان هذا قياماً بالتزام طبيعى ، بخلاف ما إذا كان هذا الوعد سابقاً على المعاشرة وقد قصد منه الإغراء فيكون باطلا لعدم مشروعية السبب ، وقد تقدم بيان ذلك . وقد يكون الإغواء سبباً للتعويض . حتى لو كان الشاب قاصراً ، فإن المسئولية هنا تقصيرية لا عقدية ، والقاصر تجوز مساءلته تقصيرياً [4] .

٥٥١ — حالات أخرى مختلفة فى الخطأ التقصيرى : وهناك ، عدا ما تقدم ، حالات أخرى مختلفة فى الخطأ التقصيرى توجب المسئولية [5] . منها الأعمال التى تترتب عليها

= أحكام النقض السنة ١١ رقم ٥٥ ص ٣٥٩] .

[وقضت محكمة النقض بأن استطالة أمد الخطبة فى الزواج والأحجام عن إتمامه ثم العدول عن الخطبة، كل ذلك أمور لا تفيد سوى العدول عن إتمام الخطبة ولا تعد أعمالا مستقلة بذاتها عن هذا العدول. ومجرد العدول عن الخطبة — على ما جرى به قضاء محكمة النقض — لا يعد سبباً موجباً للتعويض مهما استطالت مدة الخطبة إلا إذا اقترن هذا العدول بأفعال أخرى مستقلة عنه الحقت ضرراً بأحد الخطيبين .

(نقض مدنى فى ١٥/١١/١٩٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣٠ رقم ١٦٠ ص ١٠٣٩)] .

(١) استئناف مختلط فى ٢٩ يناير سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ٢٣٩ ص ٧٦ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٣٨ .

(٣) استئناف مختلط فى ٢ يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦٨ — وفى ٢٥ يونيه سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٨ — وفى ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣١ .

(٤) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٦ أبريل سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ١٢٦ — محكمة القاهرة الكلية المختلطة فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٤ رقم ١٧٣ ص ٦٧ .

(٥) [انظر مثالا على حالة من هذه الحالات : ما قضت به محكمة النقض من أن للمؤلف وحده الحق فى استغلال مصنفه مالياً بالطريقة التى يراها فلا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق بغير إذن منه وإلا كان عمله عدواناً على الحق الذى اعترف به الشارع للمؤلف وإخلالا به وبالتالى عملا غير مشروع وخطأ يستوجب مسئولية فاعله عن تعويض الضرر الناشىء عنه : نقض مدنى فى ٢٦/١٠/١٩٦١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ رقم ٩٣ ص ٦٠٢] .

مسئولية شركات المياه والغاز والنور[1] . ومنها المنافسة التجارية غير المشروعة ، وتقع عادة بتقليد العلامات التجارية (الماركات) ، أو استعمال طرق احتيالية كاتخاذ اسم تجارى مقارب للاسم التجارى المزاحم . وقد تقع المنافسة غير المشروعة باغراء عمال المتجر المزاحم على ترك متجرهم إلى المتجر الآخر . وتقع كذلك بنشر إشاعات كاذبة عن المتجر المزاحم ، وبالتشهير بعيوب هذا المتجر ، وغير ذلك من وسائل المنافسة غير المشروعة[2] .

---

(١) أنظر فى هذه المسألة : استئناف مختلط فى ٦ يونية سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٦ — وفى ٧ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٨ — وفى ٦ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٣٢ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ — وفى ٥ يونية سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٩٤ — وفى ٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٤١ — وفى ١٤ يونية سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٤٧ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٤٠ — وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٠٩ — وفى ١١ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٥٤ — وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت محكمة الموضوع قد أسست قضاءها بالتعويض على أن خطأ تقصيرياً جسيماً قد وقع من المجلس البلدى واستند فى ذلك إلى ثبوت إهمال المجلس فى عدم وضع الخيش المقطرن والبلك حول وصلة المياه الخاصة بمنزل المشترك عند تركيبها لحمايتها من التآكل وإلى إهماله كذلك فى عدم تعهده هذه الوصلة والمواسير الأخرى بالكشف عليها فى الوقت المناسب وعدم تداركه ما قد يصيبها من تلف بتقادم العهد عليها مع علمه مقدما باحتمال حصول هذا التآكل وخطئه فى تقدير هذه الاحتمالات جميعها مما ترتب عليه تآكل الماسورة فعلا وتسرب المياه لمنزل المشترك وتصدع بنائه — وكان الحكم قد بين رابطة السببية بين هذا الخطأ التقصيرى الذى وقع من المجلس البلدى وما أصاب المشترك من ضرر فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى القانون : نقض مدنى فى ٢٥/١٠/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ١٢٢ ص ٨٥٧] .

(٢) أنظر الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٠ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة لا تخرج عن أن تكون دعوى مسئولية عادية أساسها الفعل الضار فيحق لكل من أصابه ضرر من فعل المنافسة غير المشروعة أن يرفع الدعوى بطلب تعويض ما أصابه من ضرر من جرائها على كل من شارك فى إحداث الضرر متى توفرت شروط تلك الدعوى وهى الخطأ والضرر ورابطة السببية بين الخطأ والضرر .

نقض مدنى فى ١٤/٦/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ١٠١ ص ٧٢٣] .

كما قضت فى حكم آخر بأن المنافسة التجارية غير المشروعة تعتبر فعلا تقصيريا يستوجب مسئولية فاعله عن تعويض الضرر المترتب عليه عملا بالمادة ١٦٣ من القانون المدنى — ويعد تجاوزاً لحدود المنافسة =

ومنها الإجراءات القضائية الكيدية(1) ، كالدعاوى والدفوع الكيدية(2) ، ودعاوى

= المشروعة ارتكاب أعمال مخالفة للقانون أوالعادات أواستخدام وسائل منافية لمبادىء الشرف والأمانة فى المعاملات إذا قصد به إحداث لبس بين منشأتين تجاريتين أو إيجاد اضطراب باحداها متى كان من شأنه اجتذاب عملاءإحدى المنشأتين للأخرى أوصرف عملاء المنشأة عنها : نقض مدنى فى ١٩٥١/٦/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنه ١٠ رقم ٧٧ ص ٥٠٥ .

[كما قضت فى حكم ثالث بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد أوضح أركان المسئولية الموجبة للتعويض من خطأ هوإخلال الطاعنين بالتعاقد ومنافستهما المطعون عليه منافسة غير مشروعة ومن ضرر محقق نتيجة لأن التسمية التى اتخذها الطاعنان لشركتهما توجد لبساً فى تحديد مصدر منتجات كل من الشركتين لدى المستهلكين ومن وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر فلا محل للنعى عليه بالقصور .

(نقض مدنى فى ١٩٥٩/١١/١٢ مجموعة أحكام السنة ١٠ رقم ٩٨ ص ٦٥١)] .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الالتجاء إلى القضاء رخصة لا ترتب تعويضاً (استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٧٢) إلا إذا كان مصحوباً بسوء نية أو بخطأ جسيم (استئناف مختلط فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٤ — وفى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١) — ومن الأمثلة على الإجراءات الكيدية الاستئناف الكيدى (استئناف مختلط فى ١٠ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤١٥)، والتماس إعادة النظر الكيدى (استئناف مختلط فى ١٥ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٣) ، ومعارضة الشخص الثالث الكيدية (استئناف مختلط فى ١٦ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٢) . وقضت محكمة النقض بأن إنكار الدعوى إن كان فى الأصل حقاً لكل مدعى عليه ، إلا أن هذا الحق ينقلب مخبثة إذا ابتغى المدعى عليه مضارة خصمه وتمادى فى الإنكار أو غلا فيه أو تحيل به (نقض مدنى فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ ص ٩٣) — وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن إنكار الأخت لأخيها يعد دفاعاً كيدياً ، فيحكم على الأخت بتعويض الضرر المادى الذى أصاب أخاها من جراء هذا الإنكار وهى المصاريف التى صرفت منه فى سبيل إثبات وراثته ، وتلزم أيضاً بتعويض الضرر الأدبى الذى أصاب أخاها بسبب إنكارها (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٩٢) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوارث الذى يخسر دعوى الاستحقاق فى صورة دفع فى معارضة ضد تنبيه بنزع الملكية وبدلا من أن يستأنف يرفع دعوى استحقاق مستقلة يكون مسئولا (١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨) .

(٢) انظر : استئناف مختلط فى ٧ نوفمبر سنة ١٨٨٦ م ١ ص ٣٦٩ — وفى ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٥ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠١ — وفى ٢١ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٢٠ — وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ — وفى٦ مايو سنة١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٣ — وفى ١١مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٦٥ — وفى ١٨ فبرايرسنة ١٩٣٠ م٤٢ ص ٢٩٢ — وفى ٢٦ فبراير سنة ١٣٣٠ م ٤٢ ص ٣٢٥ .

[وانظر فى الفقه : جوسران فى نسبية الحقوق والتعسف فى استعمالها — الطبعة الثانية ١٩٣٢ ص ٥٧ وما بعدها بند ٣٩ (المسئولية عن الدعاوى والدفوع الكيدية) والمراجع التى أشار إليها] . =

الإفلاس الكيدية[١] ، والتنفيذ الكيدى[٢] . ومنها المضار الفاحشة للجوار[٣] . وقد

=[وانظر نقض مدنى ١٥/١٠/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة (١٠) رقم ٨٧ ص ٥٧٤ حيث قضى بأن حق الالتجاء إلى القضاء وإن كان من الحقوق العامة التى تثبت للكافة إلا أنه لا يسوغ لمن يباشره الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالا كيدياً ابتغاء مضارة الغير] .

(١) استئناف مختلط فى ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤١ — وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٤٢ .

(٢) ويعد تنفيذاً كيدياً أن ينفذ الدائن على أموال مدينه بما يزيد كثيراً على الدين ، إذا كانت هذه الأموال تقبل التجزئة بحيث كان يكفى التنفيذ على بعضها (استئناف مختلط فى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٩) — ويعد كذلك تنفيذاً كيدياً التنفيذ بمبالغ أكثر من المبالغ المستحقة (استئناف مختلط فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٧) . ويعتبر الدائن الذى ينفذ بحقه مسئولا عن صحة إجراءات التنفيذ ، فإذا أخطأ فيها بما يجعل المزاد باطلا ، كان مسئولا عن تعويض الراسى عليه المزاد بمقتضى هذا الخطأ التقصيرى) استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٥ — وفى ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ — وفى ٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٠ —وفى ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) . كذلك المدين إذا علم أن الشىء المحجوز عليه ليس ملكه ومع ذلك يترك التنفيذ يتم ويخصم الثمن الذى رسا به المزاد من دينه ، فإنه يكون مسئولا (استئناف مختلط فى ٩ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٨٢) . ومن الأمثلة على التنفيذ الكيدى الحجز القضائى الكيدى (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٣٤ — وفى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٣١ — وفى ١١ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٢٣) ، والحجز الإدارى الكيدى (استئناف مختلط فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٨١ — وفى ٦ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٤٦) ، والحراسة الكيدية (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٤٧) . ولايعتبر تنفيذاً كيدياً أن يوقع الدائن الحجز على محصولات المستأجر من المدين بحسن نية ولايقدم المستأجر ما يدل على أن المحصولات له (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٥) .

أنظر فى حق الادعاء وحق دفع الدعوى وحق الاستعانة بوسائل التنفيذ والتحفظ إذا كان استعمال هذه الرخص كيدياً إلى مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٨٦ — ١٠٢ [وجوسران بند ٥٥ وما بعده] .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها أن دعاوى الاسترداد التى رفعت من الغير وقضى فيها جميعاً بالرفض ، كانت دعاوى كيدية أقيمت بإيعاز من الطاعن والتواطؤ معه اضراراً بالمطعون عليه كما استدلت على كيدية الدعاوى التى رفعها الطاعن على المطعون عليه بمضيه فى التقاضى رغم رفض جميع دعاويه السابقة وباستمراره فى اغتصاب الاطيان موضوع النزاع رغم الأحكام المتعددة الصادرة عليه ، فإنه يكون فى غير محله النعى على حكمها بالقصور فى بيان ركن الخطأ فى مسئولية الطاعن .

نقض مدنى فى ١٠/٤/١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ١٣٣ ص ٩١٦] .

(٣) ويلاحظ أن المادة ٨٠٧ من القانون المدنى الجديد رسمت حداً لحق الملكية ، فقضت ألا يغلو=

تترتب مسئولية الحكومة لأعمال تصدر من موظفيها مخالفة القانون(١) .

= المالك في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار ، وأن للجار أن يطلب إزالة مضار الجوار إذا تجاوزت الحد المألوف . فالخروج على هذا الحد الذي رسمه القانون لحق الملكية يعد خروجاً على حدود الحق لا تعسفاً في استعماله (قارن مصطفى مرعى في المسئولية المدنية فقرة ١١١ — فقرة ١١٦) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في هذا الصدد بأن الشركة التي تقيم مصانع وآلات في أحياء السكن تكون مسئولة عما يقع من أضرار غير مألوفة (استئناف مختلط في ٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٤٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا نجم عن تشييد بناء ضرر للعقار المجاور ، فإن صاحب البناء والمقاول والمهندس مسئولون بالتضامن عن الضرر (استئناف مختلط في ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٢) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا أنشأت الحكومة محطة من محطات المجاري على قطعة من أملاكها أقلقت إدارتها راحة السكان في حي مخصص للسكنى ، كان لهؤلاء السكان الحق في الرجوع على الحكومة بالتعويض عما أصابهم وأصاب أملاكهم من أضرار (استئناف مصر الوطنية في ١٧ أكتوبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٧٦ ص ٨٩١) . وقضت بألا مسئولية إذا بنيت منازل بجانب مصانع كانت موجودة قبل بناء المنازل (استئناف مصر الوطنية في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٤١ ص ٨٩) .

[انظر جوسران : المرجع السابق صحيفة ٥٧ وما بعدها بند ٣٩ (المسئولية عن التعسف في التنفيذ) — وبند ٤٣ (المسئولية عن النفاذ المعجل) — والبنود التالية فيه إلى بند ٦٢ ص ٩٢] .

[وانظر نقض مدني ١/٢/١٩٥١ مجموعة أحكام النقض السنة الثانية ، رقم ٥٧ ص ٢٩٧ حيث قضى بأن الدعوى التي يرفعها المستأجر بطلب التعويض عما لحقه من أضرار بسبب حجز أوقعه المؤجر إذا ثبت فيها تأخر المستأجر في دفع بعض الأجرة وإهماله في طلب رفع الحجز بعد سداد كامل الأجرة — دون المصروفات — فإن رفضها على أساس انعدام نية الإضرار لدى المؤجر يكون قضاء سليما] .

(١) ومسئولية الحكومة مسئولية تقصيرية لا تخضع للقضاء الإداري كما قدمنا . ومن ثم لم تتقرر مبادئ خاصة بهذه المسئولية الإدارية على غرار المبادئ التي قررها مجلس الدولة في فرنسا وهو مختص بنظر هذا النوع من الأقضية . والقضاء العادي في مصر يطبق في شأن مسئولية الحكومة مسئولية تقصيرية قواعد المسئولية التي يطبقها على الأفراد والهيئات الخاصة . ويبدو ذلك بنوع خاص في رفض هذا القضاء تحميل الحكومة تبعة الأشغال العامة التي تقوم بها لمصلحة المجموع . وقد وصل مجلس الدولة في فرنسا إلى تحميل الحكومة هذه التبعة ، فلا يشترط خطأ لجعل الحكومة مسئولة عن الأضرار التي تقع بسبب ما تقوم به من الأشغال العامة ، وهذا ضرب من التضامن الاجتماعي إذ يعوض المجموع الفرد ما يلحقه من الضرر عن عمل تم لمصلحة المجموع .

ونذكر بعضاً من الأحكام التي صدرت من المحاكم الوطنية في مصر في شأن مسئولية الحكومة مسئولية تقصيرية : نقض جنائي في ٢٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٩ (مسئولية الحكومة عن أعمال موظفيها في أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها أو بمناسبتها) — نقض مدني في ٢١ يونيه سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٤٢/١ ص ٨٣ (مسئولية الحكومة عن إبقاء أجنبي محبوساً مدة طويلة بغرض إبعاده) نقض مدني في ٣ يونية سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦١ ص ١٧٠ (عدم مسئولية الحكومة =

= عن ضرر تحقق حصوله من مشروع عام ما دام المشروع قد نفذ بطريقة فنية ولم ترض المحكمة العليا أن تحمل الحكومة تبعة الأشغال العامة) — نقض مدنى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٥ ص ٥٠٠ (مسئولية الحكومة عن استيلائها على أرض وسواق قبل نزع ملكيتها) .

[وقد قضت محكمة النقض بأن استيلاء الحكومة على عقار جبراً عن صاحبه بدون اتباع إجراءات قانون نزع الملكية يعتبر بمثابة غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض ، ويكون شأن المالك عند مطالبته بالتعويض شأن المضرور من أى عمل غير مشروع فله أن يطالب بتعويض الضرر سواء فى ذلك ما كان قائماً وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم : نقض مدنى فى ١٩٥٧/١١/١٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ رقم ٨٦ ص ٧٨٣] — نقض مدنى فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٧ ص٣٨٧ (مسئولية الحكومة عن مرض وبائى فى الأشجار المغروسة فى جوانب الطرق العامة) — نقض مدنى فى ٤ مارس سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٣٣ ص ٦٢ (مسئولية الحكومة عن تشتيت المظاهرات وقتل شخص غير متظاهر) — نقض مدنى فى ٤ نوفبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧٤ ص ٢٠٦ (مسئولية الحكومة عن ترعة سببت نشعاً) — بل وقد تسأل الحكومة عن بطئها غير العادى فى نقل التكليف (استئناف مختلط فى ٥ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم٤٨٠ ص ٩٣٩) — استئناف مصر الوطنية فى ٢٦مايوسنة ١٩٣٠ المحاماة ٧ رقم ٣٣ ص٥٩ (مسئوليةالحكومة عن الحوادث التى تقع بسبب مزلقانات السكك الحديدية : انظر أيضاً فى هذه المسألة : استئناف مصر الوطنية فى ٢٤ يونيه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٩٠ ص١٧٥ وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧رقم ٥٩٠ ص١١٨٠ — استئناف مختلط فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم٣١٥ ص٦١٠) — استئناف مصر الوطنية فى ١١ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٧ ص ٢٣٨ (تبخير وزارة الزراعة الأشجار بطريقة فنية لا يوجب مسئوليتها) — استئناف مصر الوطنية فى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ ص ٧٢٠ (مسئولية الحكومة عن إهمال قلم المحضرين) — استئناف مصر الوطنية فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٤ ص ٥٥٨ (ضرورة عدم مجاوزة المدة اللازمة لإطلاق النار على المتظاهرين) — استئناف مصر الوطنية فى ٤ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم٢/١٩٤ ص١٩٤ (إصابة خفير شخصاً خطأ بعيار نارى — انظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٩ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٠١ : عسكرى يطلق البندقية قبل الإنذار) — استئناف مصر الوطنية فى ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٣ ص ٥٩٣ (سحب رخصة آثار مخالف للقانون) — استئناف مصر الوطنية فى ٧ مارس سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٦٩٣ ص ١١٨٥ (تعويض الأهالى عن أعمال الوقاية من الفيضان كقطع جسر النيل وتصريف المياه فى أرض الغير) .

[وانظر أيضاً نقض مدنى ١٨ نوفبر ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٦ ص ١٢٧ — ٢٠ أكتوبر ١٩٥٥ — نفس المجموعة ٦رقم ١٨٦ ص ١٣٨١ (مسئولية الحكومة عن تفريق المظاهرات فى حالة تجاوز رجال الشرطة الحد اللازم لتحقيق هذا الغرض) — ١٥ مارس ١٩٥٦ — نفس المجموعة ٧ رقم ٤٦ ص ٣١٠ (مسئولية الحكومة عن تنفيذ المشروعات العامة) — ونقض مدنى ١٩٥٦/١٠/٢٥ نفس المجموعة ٧ رقم ١٢٢ ص ٨٥٧ (مسئولية المجلس البلدى عن إهماله فى تعهد وصلة المياه الخاصة بمنزل المشترك وتآكل الماسورة) — وانظر فى تطبيقات مختلفة فى الخطأ التقصيرى : حسين عامر فى المسئولية المدنية فقرة ٢٧١ — فقرة ٢٨١] .

§ ٢ — التعسف فى استعمال الحق (*)

(Abus du droit)

٥٥٣ — *مسائل ثلاث* : قدمنا أن الخطأ يكون لا فى الخروج عن حدود الرخصة فحسب ، ولا فى الخروج عن حدود الحق فحسب ، بل أيضاً فى التعسف فى استعمال الحق .

(*) بعض المراجع : سالى (فى مجلة الدراسات التشريعية Bull. Soc. Et. législatives سنة ١٩٠٥ ص ٣٢٥) — جوسران فى التعسف فى استعمال الحقوق سنة ١٩٠٥ — بلانيول (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٥ ص ١٥٧ وسنة ١٩٠٦ ص ٨٠) — كامبيون (Campion) فى نظرية التعسف فى استعمال الحقوق بروكسل سنة ١٩٢٥ — جوسران فى روح الحقوق وفى نسبيتها سنة ١٩٢٧ — بنكاز (Bonnecase) ملحق بودرى ٣ فقرة ١٨٧ وما بعدها — ريبير فى القاعدة الأدبية فى الالتزامات فقرة ٨٩ وما بعدها ، والنظام الديمقراطى فقرة ١١٧ وما بعدها — ديموج فى الالتزامات ٦ فقرة ٦٣٤ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٧٣ وما بعدها — الرسائل : بوسك (Bosc) مونبلييه سنة ١٩٠١ — كوربسكو (Corbesco) باريس سنة ١٩٠٣ — سافاتييه (Savatier) بواتييه سنة ١٩١٦ — فى القانون المقارن : أحمد فتحى فى نظرية التعسف فى استعمال الحقوق فى الفقه الإسلامى ليون سنة ١٩١٣ — ماركوفتش (Marcovitch) ليون سنة ١٩٣٦ — الدكتور السعيد مصطفى السعيد فى مدى استعمال حقوق الزوجية القاهرة سنة ١٩٣٦ — الفقه المصرى : الموجز فى النظرية العامة فى الالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٢ وما بعدها — مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٧٤ وما بعدها — الدكتور أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٤٥٣ ومابعدها — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٣٧ وما بعدها — الأستاذ حسين عامر فى سوء استعمال الحقوق سنة ١٩٤٧ وفى المسئولية المدنية سنة ١٩٥٦ .

[وانظر أيضاً : بيدان جـ ٩ مكرر سنة ١٩٥٢ بند ١٤٣١ — ١٤٤٢ — دى باج الجزء الأول ص ١٤٦ بند ١١٠ ومابعده وبخاصة بند ١١٦ (القانون المقارن) — مارتى ورينوج ٢ بند ٤١٧ ومابعده والمراجع المشار إليها ثمة فى هامش رقم (٦) ص ٤١١ — وانظر كذلك فيه بند ٤٦٢ (فى مضار الجوار) وبند ٥٠٦ (التعسف فى استعمال حق الدفاع الشرعى) وبند ٣٦٧ فى ص ٣٣٥ — ٣٣٦ وهامش ٣ بالصحيفة الأخيرة (التعسف فى عدم التعاقد) وبند ١٠٣ (التعسف فى سحب الإيجاب) وبند ١١٨ (فكرة العقد الجبرى)] .

[وانظر مقالا لـكابيتان فى المجلة الفصلية ١٩٢٨ ص ٣٦٥ ومقال ريبير فى المجلة الانتقادية ١٩٢٩ ص ٣٣ ومقالا للأستاذ رواست فى المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٤٤ ص (١) وما بعدها — ومقالا للدكتور أنور سلطان (التعسف فى استعمال حق الملكية) فى مجلة القانون والاقتصاد السنة (١٧) ص ٧١ وما بعدها — ومقالا للدكتور اسماعيل غانم عن (تجدد عقد العمل المحدد المدة — تطبيق لنظرية التعسف على رفض التعاقد) فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة (٤) ص ٣٤١ وخاصة صحيفة ٣٨٨ وما بعدها] .

[وانظر كذلك فى هذا الموضوع (فضلا عن المراجع العامة فى الالتزامات) : حسن كيره — رسالة من باريس سنة ١٩٥٢ (على الآلة الـكاتبة) وكتابه فى أصول القانون الطبعة الثانية سنة ١٩٦٠ ص ١٠٧٧ وما بعدها والمراجع التى أوردها فى هامش صحيفتى ١٠٧٩ — ١٠٨٠] .

وقلنا إن رجال الفقه فى القرن الماضى كانوا لا يرون أن الشخص يجوز عليه الخطأ وهو يستعمل حقه . ولكن نظرية التعسف فى استعمال الحق — ولها جذور فى أعماق الماضى السحيق — ما لبثت أن استقرت فى العصر الحاضر ، وثبت عليها القضاء ، وسلم بها الفقه .

فنحن نتابع هذه النظرية : (١) فى تطورها التاريخى إلى أن نصل بها إلى يومنا هذا لنراها مسجلة فى تقنيننا المدنى الجديد . (٢) ثم نبحث على أى أساس تقوم النظرية ، وبأى معيار تأخذ . (٣) ثم ننظر فى حظها من التطبيق العملى فى نواحى النشاط المختلفة .

(١) التطور التاريخى لنظرية التعسف فى استعمال الحق :

٥٥٣ — *نظرية التعسف فى استعمال الحق نظرية قديمة* : ليست نظرية التعسف فى استعمال الحق بالنظرية الجديدة أو المبتدعة ، بل هى نظرية قديمة عرفها الرومان ، وانتقلت إلى القانون الفرنسى القديم . وتشبع بها الفقه الإسلامى . ولكنها اختفت ردحاً من الزمن بعد أن ظهرت مبادىء الفردية (individualisme) . وأمعنت الثورة الفرنسية فى الأخذ بهذه المبادىء وبقيت مختفية طوال القرن التاسع عشر . لا تكاد تطل برأسها فى بعض أحكام القضاء حتى يتنكر لها الفقهاء ، إلى أن قيض الله لها فقيهين من أعلام الفقه الفرنسى ، هما سالى (Saleilles) وجوسران (Josserand) . فنفضا عنها التراب ، وأعادا لها الجدة . فما لبثت أن استقرت فى الفقه بعد أن ثبت عليها القضاء . ثم أخذت بها التقنينات الحديثة . وأصبحت اليوم نظرية ثابتة مستقرة لا يستطيع أحد أن يفكر تفكيراً جدياً فى الانتقاص عليها .

٥٥٤ — *النظرية فى القوانين القديمة* : قلنا إن القانون الرومانى عرف النظرية . يشهد بذلك ما أورده فقهاء القانون من تطبيقات لها مختلفة . من ذلك أن قرر الفقيه إيلبيان (Ulpien) أن من حفر بئراً فى أرضه وتعمق فى الحفر حتى قطع العروق النابعة فى عين لجاره ، لا يكون مسئولا عن تعويض هذا الضرر . ولكنه يكون مسئولا إذا كان التعمق فى الحفر من شأنه أن يسقط حائط الجار . وقد توسع القانون البريطورى (droit prétorien)

فى تطبيق النظرية ، حتى يتخفف من حدة القانون القديم وصرامته[١] .

وانتقلت النظرية إلى القانون الفرنسى القديم بعد إحياء دراسات القانون الرومانى فى العصور الوسطى . وذهب دوما (Domat) فيما يبدو إلى أن الشخص يكون متعسفاً فى استعمال حقه إذا هو قصد الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة فى استعماله . وكان يرى أن من يباشر إجراءات التقاضى قد يتعسف فى مباشرتها فتتحقق مسئوليته[٢] .

ولم يكن الفقه الإسلامى ، وهو الفقه المشبع بروح دينية سامية تنهى عن التعسف وتأمر بالرفق والإحسان ، بأقل توسعاً من القانون الرومانى فى الأخذ بنظرية التعسف فى استعمال الحق[٣] بل إن القانون المدنى الجديد قد حرص على أن ينتفع فى صياغة النص الذى أورده فى هذه النظرية بالقواعد التى استقرت فى الفقه الإسلامى . واستمد من هذا الفقه الضوابط التى اشتمل عليها النص[٤] .

٥٥٥ — *الثورة الفرنسية والتقنين المدنى الفرنسى* : كان هذا العهد مشبعاً بروح الفردية كما قدمنا ، ينادى بحقوق الإنسان ، ويجعل منها حقوقاً مطلقة مقدسة . فلم تكن هناك حدود جدية تقيد من حرية الإنسان فى استعمال حقه ما دام لا يجاوز الحدود المادية لهذا الحق . فانتكصت النظرية فى ذلك العهد وفيما تلاه من العهود طوال القرن التاسع عشر . ولم يتحدث عنها أحد من الفقهاء . وساعد على ذلك أن مبدأ تحريم التعسف فى استعمال الحق ، إذا كان قد عرف منذ القديم فى القانون الرومانى وفى القانون الفرنسى القديم ، كان ينقصه أن يصاغ فى نظرية فقهية شاملة تجمع شتاته . وهذا ما اضطلع به رجال الفقه فى القرن العشرين .

---

(١) أبلتون فى المجلة الدولية للتعليم سنة ١٩٢٤ ص ١٥١ .

(٢) منقول عن مازو ١ فقرة ٥٥٦ .

(٣) انظر فى هذا الموضوع رسالة الأستاذ أحمد فتحى فى نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الفقه الإسلامى — ورسالة الدكتور السعيد مصطفى السعيد فى مدى استعمال حقوق الزوجية .

(٤) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ١ الباب التمهيدى ص ٣١ — ص ٣٥ .

٥٥٦ — انتعاش النظرية فى العصر الحاضر : كان للقضاء ثم للفقه فى فرنسا الفضل فى إحياء مبدأ تحريم التعسف فى استعمال الحق ، فصيغ المبدأ فى نظرية عامة شاملة ، ما لبثت أن استقرت وأصبحت من أمهات النظريات القانونية .

بدأ القضاء الفرنسى منذ النصف الأخير من القرن التاسع عشر يقرر المبـدأ فى كثير من الصراحة والوضوح . فهذه محكمة استئناف كولمار (Colmar) تقول فى حكمها الصادر فى ٢ مايو سنة ١٨٥٥[١] ، وقد أدانت مالكا أقام فوق سطح منزله مدخنة غرضه الوحيد من إقامتها أن يحجب النور عن جاره ما يأتى : « ومن حيث إن المبادىء العامة تقضى بأن حق الملـكية هو على وجه ما (en quelque sorte) حق مطلق ، يبيح للمالك أن ينتفع بالشىء ، وأن يستعمله وفقاً لهواه (abuser) . ولـكن استعمال هذا الحق ، كاستعمال أى حق آخر ، يجب أن يكون حده هو استيفـاء مصلحة جدية مشروعة intérêt sérieux et légitime وأن مبادىء الأخلاق والعدالة لتتعارض مع تأييد القضاء لدعوى يكون الباعث عليها رغبـة شريرة (malveillance) ، وقد رفعت تحت سلطان شهوة خبيثة (mauvaise passion) ، دعوى لا يبررها أية منفعة شخصية (aucune utilité personnelle) ، وهى تلحق بالغير أذى جسيما (grave préjudice) » . وفى سنة ١٨٧١ قررت محكمة النقض الفرنسية المبـدأ الآتى : « حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ . والقانون لا يعتبر الشخص مخطئاً إذا هو عمل ما من حقـه أن يعمله ، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذى الغير دون أن تكون له مصلحة فى ذلك "pour nuire à autrui et sans intérêt pour lui-même"[٢] .

ولـكن الفقه لم يتنبه إلى هذه الطلائع من أحكام القضاء الفرنسى إلا فى أواخر القرن التاسع عشر . فـكتب بعض الفقهاء فى ذلك[٣] . على أن الفقيهين اللذين قادا الفقه فى هذا

---

(١) دالوز ١٨٥٦ — ٢ — ٩ .

(٢) انظر مازو ١ فقرة ٥٥٧ — تعليق فرون (Ferron) فى سيريه ١٩٠٥ — ٢ — ١٩ .

(٣) سنكتلت (Sainctelette) فى كتابه المسئولية والضمان (Responsabilité et garantie) — سوزيه (Sauzet) فى المجلة الانتقادية للتشريع والقضاء سنة ١٨٨٣ ص ٦١٦ وما بعدها .

الميدان ، فى مستهل القرن العشرين ، كما قدمنا سالى وجوسران . واستأثر جوسران بالجولات الأولى والأخيرة ، فوضع منذ سنة ١٩٠٥ مؤلفاً أسماه « التعسف فى استعمال الحقوق (De l'abus des droits) ، جمع فيه أحكام القضاء منسقة ، واستخلص منهـا أصول نظرية عامة فى هذه المسألة ، على غرار نظرية سبقتها فى القانون الإدارى هى نظرية التعسف فى استعمال السلطة (détournement de pouvoir)[1] . ثم كتب فى سنة ١٩٢٧ مؤلفاً آخر أسماه « فى روح الحقوق وفى نسبيتها — النظرية المسماة بنظرية التعسف فى اسـتعمال الحق » (De l'esprit des droits et de leur relativité—théorie dite de l'abus des droits) كان أشمل المؤلفات فى هذه المسألة وأكثرها وضوحاً

ولم تسلم النظرية من خصوم . وأظهر من ناصب النظرية العداء هو بلانيول الفقيـه الفرنسى المعروف . وهو يذهب إلى أن التعسف فى استعمال الحق إنما هو خروج عن الحق ، ويقول فى ذلك : « ينتهى الحق حيث يبدأ التعسف ، ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف فى استعمال حق ما ، لسبب غير قابل لأن يدحض ، هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون فى وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له »[2] . وظاهر أن النقد شكلى . إذ يكفى لرده أن نقول إن هناك نوعين من الخروج عن الحق : خروجاً صريحاً عن حدود الحق ، وخروجاً عن الحق بالتعسف فى استعماله . ولا يعترض بلانيول على امتداد المسئولية إلى هذا النوع الثانى ، وكل ما ينكره هو أن يسمى هذا تعسفاً فى استعمال الحق ولا يسمى خروجا عن الحق ، لأن التعسف فى رأيه هو خروج عن حدود الحق . فالفرق إذن فى التسمية لا فى الحـكم . أما أن العمل الواحد لا يصح أن يكون فى وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له ، فهذا لا شك فيه . ولـكن يصح أن يكون العمل الواحد متفقاً مع حدود الحق ، ويكون

---

(١) وقد كان القانون الإدارى طليعة للقانون المدنى فى نظريات ثلاث من النظريات الرئيسية : نظرية التعسف فى استعمال الحق ونظرية الحوادث الطارئة ونظرية تحمل التبعة .

(٢) وهذا أصل ما كتبه بلانيول حـ٢ بند ٨٤١ : Le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut y avoir usage abusif d'un droit quelconque, pour la raison irréfutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois conforme au droit et contraire au droit. (Planiol, II, no. 841).

فى الوقت ذاته مخالفا للقانون[١] .

ومهما يكن من أمر فإن الفقه ، منذ صاغ نظرية التعسف ونسق ما بين أجزائها ، أنار السبيل للقضاء ، فصار يمشى على هدى ، وكثرت الأحكام والتطبيقات القضائية لهذه النظرية الخطيرة . وهكذا أثر القضاء فى الفقه ، ثم تأثر به ، وما لبث المشرع الفرنسى أن سار هو أيضاً فى هذا السبيل ، فسجل النظرية فى كثير من تشريعاته المتفرقة[٢] .

وقد أخذت النظرية مكاناً محترماً فى التقنينات الحديثة ، حتى سما بها التقنين المدنى السويسرى إلى الصدر من نصوصه ، ليجعل منها نظرية عامة تتمشى على جميع نواحى القانون . ولم يقتصر على جعلها تطبيقاً من تطبيقات المسئولية التقصيرية تذكر فى المكان الذى نص فيه على هذه المسئولية[٣] .

وانتقلت النظرية من الفقه والقضاء الفرنسيين إلى الفقه والقضاء المصريين فى ظل التقنين القديم . أما التشريع المصرى فلم يكن يشتمل على نص عام فى الموضوع . وإن كان قد اشتمل على بعض نصوص تطبيقية[٤] .

(١) الموجز فى النظرية العامة للالتزامات للمؤلف فقرة ٣٢٤ — وجاء فى هذه الفقرة أيضاً ما يأتى: « أما الذين ينكرون على النظرية أن من معاييرها تلمس الدافع الذى حدا بالشخص على استعمال حقه على النحو الذى اختاره ، وأن الدافع شىء نفسى يتعذر الغوص عليه فى أعماق الضمير ، فينبغى أن يتنبهوا إلى أن هذا النقد لا ينصب على هذه النظرية وحدها ، بل هو يتناول كل معيار شخصى فى القانون . والمعايير الشخصية كثيرة . وفى كل وقت يطلب من القاضى أن يطبقها على الأقضية التى تعرض له ، فيبحث عن حسن النية وسوء النية ، وعن الغلط الدافع للتعاقد ، وعن السبب الدافع كركن من أركان الالتزام . وعن الغش والتواطؤ فى الدعوى البوليصية ، وما إلى ذلك » .

(٢) انظر فى هذه التشريعات المختلفة مازو ١ فقرة ٥٥٨ .

(٣) وهذا ما جاء فى المادة الثانية من التقنين المدنى السويسرى : « يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التى يرسمها حسن النية . أما التعسف الظاهر (abus manifeste) فى استعمال الحق فلا يقره القانون » . ونصت المادة ٢٢٦ من التقنين الألمانى على أنه « لا يجوز استعمال حق لمجرد الإضرار بالغير » . ونصت الفقرة الثانية من المشروع الفرنسى الإيطالى على ما يأتى : « يلتزم أيضاً بالتعويض كل من أوقع ضرراً بالغير ، بأن جاوز فى استعماله لحقه الحدود التى يقيمها حسن النية أو الغرض الذى من أجله أعطى هذا الحق » .

انظر أيضاً المادة ١٣٥ من تقنين الالتزامات البولونى والفقرة الثانية من المادة ١٢٩٥ من التقنين النمساوى والمادة الأولى من التقنين السوفييتى .

(٤) مثل ذلك : م ٥٩/٣٨ — ٦٠ مدنى قديم : « ليس للجار أن يجبر جاره على إقامة حائط أو نحوه على حدود ملكه ولا على أن يعطيه جزءاً من حائطه أو من الأرض التى عليها الحائط المذكور . ومع =

ولكن التقنين المدنى الجديد احتفل بالنظرية . وعني بها عناية خاصة . فأحلها مكاناً بارزاً بين نصوصه ، وجعلها نظرية عامة مكانها الباب التمهيدى لا المسئولية التقصيرية[1] .

= ذلك ليس لمالك الحائط أن يهدمه لمجرد إرادته إن كان ذلك يترتب عليه حصول ضرر للجار المستتر ملكه بحائطه ما لم يكن هدمه بناء على باعث قوى » — م ١١٥/١٢٠ من قانون المرافعات القديم : « يجوز للمحكمة فى جميع الدعاوى أن تحكم بتعويضات فى مقابلة المصاريف الناشئة عن دعوى أو مرافعة كان القصد منها مكيدة الخصم » .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « بيد أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف فى استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحى القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع . وإذا كان القضاء قد رأى أن يستند فى تطبيقها إلى قواعد المسئولية التقصيرية بسبب قصور النصوص ، فهو لم يقصر هذا التطبيق على ناحية معينة من نواحى القانون المدنى ، وإنما بسطه على هذه النواحى جميعاً ، بل وعلى نواحى القانون قاطبة ، فهو يجزم بأن النظرية تنطبق على روابط الأحوال الشخصية كما تنطبق على الروابط المالية . وأنها تسرى فى شأن الحقوق العينية سريانها فى شأن الحقوق الشخصية ، وأنها لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تجاوزه إلى القانون العام . ولذلك آثر المشروع أن يضع هذه النظرية وضعاً عاماً ، محتذياً مثال أحدث التقنينات وأرقاها (انظر المادة ٢ من التقنين المدنى السويسرى والمادة الأولى من التقنين المدنى السوفييتى) : وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لنظرية التعسف فى استعمال الحق بوصفها نظرية عامة وعناية الفقه الإسلامى بصياغتها صياغة تضارع إن لم تفق فى دقتها وإحكامها أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . وإزاء ذلك حرص المشروع على أن ينتفع فى صياغة النص بالقواعد التى استقرت فى الفقه الإسلامى ، وهى قواعد صدر عنها التشريع المصرى فى التطبيقين اللذين تقدمت الإشارة إليهما (المواد ٥٩/٣٨ — ٦٠ مدنى و ١١٥/١٢٠ مرافعات) واستلهمها القضاء فى كثير من أحكامه (استئناف مختلط فى ٦ إبريل سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ١٨٩ — وفى ٣ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣٥) . ولهذا لم ير المشروع أن ينسج على منوال التقنين السويسرى فى النص على أن كل شخص يجب عليه أن يباشر حقوقه ويفى بالتزاماته وفقاً لما يقتضى حسن النية وأن التعسف الظاهر فى استعمال حق من الحقوق لا يحميه القانون . ولم ير المشروع كذلك أن يختار الصيغة التى آثرها المشرع السوفييتى إذ قضى فى المادة الأولى من التقنين المدنى بأن القانون يتكفل بحماية الحقوق المدنية إلا أن تستعمل على وجه يخالف الغرض الاقتصادى أو الاجتماعى من وجودها . وأعرض أيضاً عن الصيغة التى اختارها التقنين اللبنانى (م ١٢٤) وهى لاتعدو أن تكون مزاجاً من نصوص التقنين السويسرى والتقنين السوفييتى . والواقع أن المشرع تحامى اصطلاح « التعسف » لسعته وإبهامه وجانب أيضاً كل تلك الصيغ العامة بسبب غموضها وخلوها من الدقة ، واستمد من الفقه الإسلامى بوجه خاص الضوابط الثلاثة التى اشتمل عليها النص . ومن المحقق أن تفصيل الضوابط على هذا النحو يهيىء للقاضى عناصر نافعة للاسترشاد ، ولا سيما أنها جميعاً وليدة تطبيقات عملية انتهى إليها القضاء المصرى من طريق الاجتهاد .. وعلى هذا النحو وضع المشروع دستوراً لمباشرة الحقوق ألف فيه بين ما استقر من المبادىء فى الشريعة الإسلامية وبين ما انتهى إليه الفقه الحديث فى نظرية التعسف فى استعمال الحق ولكن دون أن يتقيد كل التقيد بمذاهب هذا الفقه . وبذلك أتيح له أن يمكن للنزعة الأخلاقية والنزعات الاجتماعية الحديثة وأن يصل بين نصوصه وبين الفقه الإسلامى فى أرقى نواحيه وأحفلها بعناصر المرونة والحياة » . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ا[الباب التمهيدى ص ٣١ — ص ٣٢ وص ٣٥).

ب — الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق والمعيار الذى تأخذ به :

٥٥٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ٤ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« من استعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر »[1] .

ثم نصت المادة ٥ على ما يأتى :

« يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الآتية :

«(١) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير» .

«(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها» .

«(ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة »[2] .

---

(١) تاريخ النص : لم يكن للمادة ٤ مقابل فى المشروع التمهيدى . وقد اقترح فى لجنة المراجعة وضع النص الآتى : « من استعمل حقه استعمالا جائزاً لا يكون مسئولا عما ينشأ عن ذلك من ضرر » ، ليقرر المبدأ العام الذى يمهد للنص التالى الخاص بالتعسف فى استعمال الحق ، فأقرت اللجنة النص وأصبح رقمه المادة ٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه ، ثم لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة « مشروعاً » بكلمة « جائزاً » ، وبقى رقم النص المادة ٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ١٩٩ — ص ٢٠٠) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٥ (مطابق) — الليبى م ٤ (مطابق) — العراقى م ٦ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يصبح استعمال الحق غير جائز فى الأحوال الآتية : (١) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كان متعارضاً مع مصلحة عامة جوهرية (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة ، أو كانت هذه المصالح قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، أو كان استعمال الحق من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة على الوجه الآتى : « يكون استعمال الحق غير جائز فى الأحوال الآتية : (١) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير (ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها (ج) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة » . ووافق مجلس النواب على المادة تحت رقم ٥ ووافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ بعد استبدال =

ويلاحظ بادىء الأمر أن التقنين المدنى الجديد ، إذا كان قد آثر أن يضع هذه النصوص فى الباب التمهيدى لتكون مبدأ من المبادىء الجوهرية التى تسود جميع نواحى القانون ، لم يرد بذلك أن يقيم المبدأ على غير أساسه القانونى . فالتعسف فى استعمال الحق ليس إلا صورة من صورتى الخطأ التقصيرى على النحو الذى قدمناه ، فيدخل بهذا الاعتبار فى نطاق المسئولية التقصيرية[1] .

٥٥٨ — الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق : فالأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ليس هو إذن إلا المسئولية التقصيرية . إذ التعسف فى استعمال الحق خطأ يوجب التعويض . والتعويض هنا ، كالتعويض عن الخطأ فى صورته الأخرى وهى صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة ، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عيناً . وليس التعويض العينى — كالقضاء بهدم المدخنة التى تحجب النور عن الجار — بمخرجه عن نطاق المسئولية التقصيرية . فإن التعويض العينى

= كلة «مشروع» بكلمة «جائز» ، وبقى رقمها ٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٠ — ص ٢١١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٦ (مطابق) — الليبى م ٥ (مطابق) — العراق م٧ (مطابق) — اللبنانى م ١٢٤ (مقارب) .

(١) وقد ناقشت لجنة مراد سيد أحمد طويلا المكان الذى يوضع فيه النص الخاص بالتعسف فى استعمال الحق . فقال أحد الأعضاء إن نظرية إساءة استعمال الحق إن هى إلا توسع فى فكرة العمل غير المشروع ، ولهذا السبب يكون مكانها المنطق فى باب الالتزامات بين تلك التى تنشأ عن العمل غير المشروع ، وهذا هو ما أخذت به أحدث التشريعات كالمشروع الفرنسى الإيطالى والتقنين البولونى والتقنين اللبنانى . فقيل رداً على ذلك إن نطاق تطبيق مبدأ استعمال الحق ليس مقصوراً على الحقوق الناشئة عن التزامات ، بل يمتد إلى كل قانون سواء فى ذلك القانون المدنى أو القانون التجارى أو قانون المرافعات أو القانون العام . فإذا كان هناك نص ينبغى بطبيعته أن يدرج بين النصوص التمهيدية فهو ذلك الخاص بإساءة استعمال الحق . وقد أورد التقنين السويسرى نصاً بهذا المعنى فى الباب التمهيدى (م ٢) . أما التقنين الألمانى فقد أفرد لهذا الموضوع نصاً تحت عنوان « فى استعمال الحقوق » (م ٢٢٦) . وإذا كانت بعض التقنينات الحديثة قد أوردت هذا النص فى باب الالتزامات فما ذلك إلا اضطراراً ، حيث إن هذه التقنينات إنما جاءت خاصة بالالتزامات . (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٢ — ص ٢٠٤ فى الهامش) .

جائز فى الصورة الأخرى من الخطأ كما سنرى . ولا نحن فى حاجة إلى القول بأساس مستقل للتعسف فى استعمال الحق يتميز به عن المسئولية التقصيرية — كما ذهب بعض الفقهاء[١] إلى ذلك — إذا نحن سلمنا بجواز الحكم بتهديد مالى فى شأنه[٢] ، فإن التهديد المالى جائز فى الالتزام الناشىء عن المسئولية التقصيرية جوازه فى أى التزام آخر[٣] .

ويبقى التعسف داخلا فى نطاق المسئولية التقصيرية حتى لو كان تعسفاً متصلا بالتعاقد[٤] . فالمؤجر الذى يتمسك بالشرط المانع من الإيجار من الباطن تعسفاً منه تتحقق مسئوليته التقصيرية . ويكون مسئولا مسئولية تقصيرية كذلك من تعسف فى إنهاء عقد جعل له الحق فى إنهائه ، كعقد العمل أو عقد الشركة إذا لم تحدد المدة فيهما وكعقد الوكالة .

٥٥٩ — *معيار نظرية التعسف فى استعمال الحق* : فما هو إذن المعيار الذى يصلح اتخاذه لنظرية التعسف فى استعمال الحق ؟ هو دون شك المعيار عينه الذى وضع للخطأ التقصيرى ، إذ التعسف ليس إلا إحدى صورتيه كما قدمنا . ففى استعمال الحقوق كما فى إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى . فإذا هو انحرف — حتى لو لم يخرج عن حدود الحق — عد انحرافه خطأ يحقق مسئوليته .

---

(١) انظر بنكاز ملحق بودرى ٣ فقرة ١٣٦ — سافاتييه فى تعليق له فى داللوز ١٩٢٨ — ١ — ٧٣

(٢) وذلك كالحكم على من أقام حائطاً فى ملكه ليحجب النور عن جاره بمبلغ من المال يدفعه عن كل يوم يتأخر فيه عن إزالة هذا الحائط .

(٣) مازو ١ فقرة ٥٦٤ هامش رقم ٢ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن نظرية إساءة استعمال الحق مردها إلى قواعد المسئولية فى القانون المدنى ، لا إلى قواعد العدل والإنصاف المشار إليهما فى المادة ٢٩ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (القديمة). فإذا كان الحكم قد أسس قضاءه على تلك النظرية ، فإنه يكون قد أعمل القانون المدنى فى الدعوى لا قواعد العدل والإنصاف (وكان وجه الطعن هو أن الحكم خالف المادة ٢٩ من اللائحة إذ أخذ بنظرية إساءة استعمال الحق على الرغم من صراحة نص العقد فى حين أنه لا مجال للاجتهاد والاستناد إلى قواعد العدل متى كان النص صريحاً) . (نقض مدنى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٤ ص ٢٥٩) .

غير أن الانحراف هنا لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور التى عددها نص التقنين الجديد : ١) قصد الإضرار بالغير. ٢) رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً. ٣) تحقيق مصلحة غير مشروعة . ونبحث الآن هذه الصور واحدة بعد الأخرى .

٥٦٠ — *قصد الإضرار بالغير* : المعيار هنا ، على الرغم من ذاتيته ، يمكن أن يندرج فى المعيار الموضوعى العام للخطأ . فإنه لا يكفى أن يقصد صاحب الحق الإضرار بالغير ، بل يجب فوق ذلك أن يكون استعماله لحقه على هذا النحو مما يعتبر انحرافاً عن السلوك المألوف للشخص العادى . فقد يقصد شخص وهو يستعمل حقه أن يضر بغيره ، ولكن لتحقيق مصلحة مشروعة لنفسه ترجح رجحاناً كبيراً على الضرر الذى يلحقه بالغير . فقصد الإضرار بالغير فى هذه الحالة لا يعتبر تعسفاً ، إذ أن صاحب الحق بهذا التصرف لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى . أما إذا كان قصد إحداث الضرر هو العامل الأصلى الذى غلب عند صاحب الحق وهو يستعمل حقه للاضرار بالغير ، اعتبر هذا تعسفاً ، ولو كان هذا القصد مصحوباً بنية جلب المنفعة كعامل ثانوى ، سواء تحققت هذه المنفعة أو لم تتحقق . ويكون تعسفاً ، من باب أولى ، قصد إحداث الضرر غير المقترن بنية جلب المنفعة حتى لو تحققت هذه المنفعة عن طريق عرضى ، فلو أن شخصاً غرس أشجاراً فى أرضه بقصد حجب النور عن جاره ، كان متعسفاً فى استعمال حق الملكية حتى لو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار قد عادت على الأرض بالنفع[1] .

ويجب أن يثبت المضرور أن صاحب الحق وهو يستعمل حقه قصد إلى إلحاق الضرر به . ويثبت هذا القصد بجميع طرق الإثبات ، ومنها القرائن المادية . ولا يكفى إثبات أن صاحب الحق تصور احتمال وقوع الضرر من جراء استعماله لحقه على

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التى تثبت للكافة ، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالا كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض — وسواء فى هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية ، طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه . نقض مدنى فى ١٥/١٠/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٥٧٤ رقم ٨٧] .

الوجه الذى اختاره ، فإن تصور احتمال وقوع الضرر لا يفيد، ضرورة، القصد فى إحداثه (١) .

يبقى أن نعالج فرضاً كثير الوقوع فى العمل ، هو ألا يقوم دليل قاطع على وجود القصد فى إحداث الضرر ، ولكن الضرر يقع مع ذلك ، ويتبين أن صاحب الحق لم تكن له أية مصلحة فى استعمال حقه على الوجه الذى أضر فيه بالغير . ونرى أن انعدام المصلحة هنا انعداماً تاماً قرينة على قصد إحداث الضرر ، كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية . ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس (٢) .

٥٦١ — رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً : المعيار هنا موضوعى . وهو محض تطبيق للمعيار الرئيسى فى الخطأ ، معيار السلوك المألوف للرجل العادى . فليس من المألوف أن الرجل العادى يستعمل حقاً على وجه يضر بالغير ضرراً بليغاً ولا يكون له فى ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع هذا الضرر . ويكون استعمال الشخص لحقه تعسفاً ، على حد ما جاء فى النص، «إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها » . نقول ليس من السلوك المألوف للشخص العادى أن يفعل ذلك ، ومن يفعل فهو إما عابث مستهتر لا يبالى بما يصيب الناس

---

(١) فلو أن شخصاً يملك أرضاً للصيد ، وصاد فيها ، فأصاب شخصاً آخر دون أن يتعمد ذلك ، فإنه لا يكون لديه قصد الإضرار بالغير حتى لو ثبت أنه تصور احتمال وقوع هذه الإصابة . ولا يعد هذا التصرف تعسفاً ، لا باعتبار أنه ينطوى على قصد الإضرار بالغير ، ولا بأى اعتبار آخر ، إذ هو لا يدخل تحت حالة من الحالات الثلاث التى يتحقق فيها التعسف فى استعمال الحق .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وأول هذه المعايير هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير . وهذا معيار ذاتى استقر الفقه الإسلامى والفقه الغربى والقضاء على الأخذ به . وقد أفرد له التقنين الألمانى المادة ٢٢٦ وهى فى طليعة النصوص التشريعية التى دعمت أسس نظرية التعسف فى استعمال الحق . والجوهرى فى هذا الشأن هو توافر نية الإضرار ، ولو أفضى استعمال الحق إلى تحصيل منفعة لصاحبه . ويراعى أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالا يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك . وقد جرى القضاء أيضاً على تطبيق الحكم نفسه فى حالة تفاهة المصلحة التى تعود على صاحب الحق فى هذه الحالة » (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٢ — ص ٣٣) .

من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه ، وإما منطو على نية خفية يضمر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها . وفى الحالين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وارتكب خطأ يوجب مسئوليته .

وقد طبق المشرع هـذا المعيار ، إذ جاء فى الفقرة الثانية من المـادة ٨١٨ من التقنين المدنى الجديد ما يأتى : « ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملـكه بالحائط »[١] .

٥٦٢ — *عدم مشروعية المصالح التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها* : والمعيار هنا هو أيضاً موضوعى، وإن كان طريق الوصول إليه عاملا ذاتياً هو نية صاحب الحق . وهو على كل حال تطبيق سليم لمعيار الخطأ. فليس من السلوك المألوف للشخص العادى أن يسعى تحت ستار أنه يستعمل حقاً له إلى تحقيق مصالح غير مشروعة . فرب العمل الذى يستعمل حقه فى فصل عامل لأنه التحق بنقابة من نقابات العمال ، والإدارة التى تفصل موظفاً إرضاء لغرض شخصى أو لشهوة حزبية[٢] ، والمالك الذى يضع أسلاكا شائـكة فى حدود ملـكه حتى يفرض على شركة طيران تهبط طائراتها فى أرض مجاورة أن تشترى منه أرضه بثمن

---

(١) انظر أيضاً المادتين ٨٢٦ و ١٠٢٩ من التقنين المدنى الجديد . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « والثانية حالة استعمال الحق ابتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . والمعيار فى هذه الحـالة مادى . ولـكنه كثيراً ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير . ويساير الفقه الاسلامى فى أخذه بهذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء فى مصر وفى الدول الغربية على حد سواء » . (المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٤).

(٢) [وقد قضت محـكمة النقض بأن المراد بالحق المطلق المقرر للحكومة فى فصل موظفيها بلا حاجة إلى محاكمة تأديبية هو تفرد الحـكومة بتقدير صلاحية الموظف واستمرار استعانتها به أو عدم استمرارها وليس معناه أن تستبدله على هواها ، ذلك أن هذه السلطة التقديرية وإن كانت مطلقة من حيث موضوعها إلا أنها مقيدة من حيث غايتها التى يلزم أن تقف عند حد تجاوز هذه السلطة والتعسف فى استعمالها ، ولئن كانت الحـكومة غير ملزمة ببيان أسباب الفصل إلا أنه متى كانت هذه الأسباب ظاهرة من القرار الصادر به ، فانها تكون خاضعـة لتقدير القضاء ورقابته فاذا تبين أنها لا ترجع إلى اعتبارات تقتضيها المصلحة العامة ولا هى من الأسـباب الجدية القائمة بذات الموظف المستغنى عنه أو المنازع فى صحتها كان ذلك عملا غير مشروع وحقت مساءلة الحـكومة فى شأنه : نقض مدنى فى ٣٠/٦/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ١٣٣٥ رقم ١٧٩] .

مرتفع ، ومؤجر العقار الذى يمتنع من الترخيص فى الإيجار من الباطن لمشترى المصنع الذى أقيم على العقار بعد أن اقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع وذلك لا توقياً لضرر جدى بل سعياً وراء كسب غير مشروع يجنيه من المشترى (أنظر م ٥٩٤ فقرة ثانية من التقنين المدنى الجديد) — كل هؤلاء يتعسفون فى استعمال حقوقهم ، لأنهم يرمون من وراء استعمالها إلى تحقيق مصالح غير مشروعة[١] .

وقد آثر التقنين الجديد هذا المعيار على معيارين آخرين شائعين فى الفقه ، أحدهما معيار الغرض غير المشروع (motif illégitime) ، والثانى معيار الهدف الاجتماعى (but social) .

أما معيار الغرض غير المشروع فيتلخص فى أن صاحب الحق يكون متعسفاً فى استعمال حقه إذا كان الغرض الذى يرمى إليه غرضاً غير مشروع[٢] . وظاهر أن معيار « المصلحة غير المشروعة » خير من معيار « الغرض غـير المشروع » . وإذا كان كلاهما يؤدى إلى نتيجة واحدة ، فإن معيار « المصلحة غير المشروعة » هو تعبير موضوعى عن المعنى الذاتى الذى ينطوى عليه معيـار « الغرض غير المشروع » . فهو إذن أدق من ناحية الانضباط وأسهل من ناحية التطبيق[٣] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هـذا الصدد ما يأتى : « الأولى حالة استعمال الحق استعمالا يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . وتعبير المشروع فى هذا المقام خير من نص بعض التقنينات على صرف الحق عن الوجهة التى شرع من أجلها . ولا تكون المصلحة غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب ، وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب . وإذا كان المعيار فى هذه الحالة مادياً فى ظاهره ، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة . وأبرز تطبيقات هذا المعيار يعرض بمناسبة إساءة الحكومة لسلطاتها كفصل الموظفين إرضاء لغرض شخصى أو شهوة حزبية (استئناف مصر الدوائر المجتمعة فى أول مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ ص ٧٥٠) . وأحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأى فى التقنينات الحديثة والفقه والقضاء . (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٣) .

(٢) انظر جوسران ٢ فقرة ٢٩٦ — فاضل حبشى فى الامتداد القانونى لعقود الإيجار رسالة من القاهرة سنة ١٩٦٢ ص ٢٠٥ وما بعدها .

(٣) انظر فى نقد معيار الغرض غير المشروع مازو ١ فقرة ٥٧٥ .

ومعيار الهدف الاجتماعي يتلخص في أن الحقوق أعطاها القانون لأصحابها لتحقيق أهداف اجتماعية . فكل حق له هدف اجتماعي معين . فإذا انحرف صاحب الحق في استعمال حقه عن هـذا الهدف ، كان متعسفاً وحقت مسئوليته . وعيب هذا المعيار ، وبالرغم من كونه موضوعياً ، هو صعوبة تحديد الهدف الاجتماعي لكل حق من الحقوق ، ثم خطر هذا التحديد . أما صعوبة التحديد فلأنه ليس من اليسير أن يرسم لكل حق هدف اجتماعي أو اقتصادي يكون منضبطاً إلى الحد الذي يؤمن معه التحكم ويتقي به تشعب الآراء . وأما خطر التحديد فلأن الهدف الاجتماعي هو الباب الذي ينفتح على مصراعيه لتدخل منه الاعتبارات السياسية والنزعات الاجتماعية والمذاهب المختلفة ، مما يجعل استعمال الحقوق خاضعاً لوجهات من النظر متشعبة متباينة ، وفي هذا من الخطر ما فيه . أما معيار « المصلحة غير المشروعة » فهو أبعد عن التحكم ، وأدنى إلى الاعتبارات القانونية المألوفة[1]

٥٦٣ — معياران في المشروع التمهيدي حذفا في المشروع النهائي :

وقد كان المشروع التمهيدي يضيف إلى المعايير الثلاثة المتقدمة معيارين آخرين :

(١) التعارض مع مصلحة عامة جوهرية . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « والمعيار الثاني قوامه تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية . وهذا معيار مادي استقاه المشروع من الفقه الإسلامي . وقننته المجلة من قبل إذ نصت في المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام (أنظر أيضاً المواد ٢٧ و٢٨ و٢٩ من المجلة) . وأكثر ما يساق من التطبيقات في هذا الصدد عند فقهاء المسلمين يتعلق بولاية الدولة في تقييد حقوق الأفراد صيانة للمصلحة العامة . كمنع اختزان السلع تجنباً لاستغلال حاجة الأفراد إليها خلال الحروب والجوائح . على أن الفكرة في خصبها لا تقف عند حدود هذه التطبيقات ، فهي مجرد أمثلة تحتمل التوسع والقياس »[2] . ويتبين

(١) أنظر في نقد معيار الهدف الاجتماعي مازو ١ فقرة ٥٧٢ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ١ الباب التمهيدي ص ٣٣ — مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٩ .

من ذلك أن المعيار هنا أقرب إلى أن يكون خطة تشريعية ينهج المشرع على مقتضاها فى وضع تشريعات استثنائية تقتضيها ظروف خاصة ، من أن يكون معياراً يتخذه القاضى للتطبيق العملى فى الأقضية اليومية . وقد حذف فى المشروع النهائى كما قدمنا .

(٢) التعارض مع حقوق أخرى يتعطل استعمالها على الوجه المألوف . فقد كان نص المشروع التمهيدى يجعل استعمال الحق غير مشروع إذا كان هذا الاستعمال « من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى :

« والثالثة حالة استعمال الحق استعمالا من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف . والمعيار فى هذه الحالة مادى . وإذا كان الفقه الغربى لا يؤكد استقلال هذا المعيار ، إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة ، أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق يطلق عليها اسم الإفراط ، إلا أن الفقه الإسلامى يخصه بكيان مستقل . والقضاء فى مصر أميل إلى الأخذ بمذهب الفقه الإسلامى (المطارين الجزئية فى ٢١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٧٨٣ — استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٧٨) . وكانت المجلة قد قننت هذا الفقه فقضت فى المادة ١١٩٨ بأن : « كل أحد له التعلى على حائط الملك وبناء ما يريد ، وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرره فاحشاً » ، وعرفت الضرر الفاحش فى المادة ١١٩٩ بأنه : « كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعنى المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى أو يضر بالبناء أى يجلب له وهناً ويكون سبب انهدامه » . وعقبت على ذلك بتطبيقات مختلفة فى المواد من ١٢٠٠ إلى ١٢١٢ ، وقد جرى القضاء المصرى منذ عهد بعيد على الأخذ بهذه المبادىء ، ولا سيما فيما يتعلق بصلات الجوار . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ بأن « الملكية الفردية أيا كانت سعة نطاقها تتقيد بواجب الامتناع عن إلحاق أى ضرر جسيم بالجار ... ويدخل فى ذلك كل فعل يمنع الجار من تحصيل المنافع الرئيسية من ملكه .

وتواترت الأحكام بعد ذلك على تقرير المبادىء ذاتها »[1] . ويتبين من ذلك أن هذا المعيار الثانى ليس إلا المعيار الذى يطبق فى حقوق الجوار . وهو معيار « الضرر الفاحش » . وقد حذف فى المشروع النهائى لأن مضار الجوار فى التقنين المدنى الجديد تخرج عن نطاق نظرية التعسف فى استعمال الحق . فالضرر الفاحش فيما بين الجيران ليس تعسفاً فى استعمال الحق ، بل هو خروج عن حدود الحق ، وقد رأينا ذلك فيما تقدم[2] .

---

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ١ الباب التمهيدى ص ٣٤ — مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢١٠ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٥٥١ — هذا وقد كان النص الخاص بالتعسف فى استعمال الحق محل مناقشات مسهبة فى لجنتى مراد سيد أحمد (باشا) وكامل صدقى (باشا) . وقد أقرت لجنة مراد سيد أحمد (باشا) النص الآتى : « لا يسمح باستعمال الحق إذا تجاوز الحدود التى عليها حسن النية أو يقررها الغرض الذى من أجله وجد هذا الحق » . وفى لجنة كامل صدقى اقترح النص الآتى : « لا يكون استعمال الحق مشروعاً إذا جاوز الحدود التى يقتضيها حسن النية أو الغرض الذى من أجله تقرر هذا الحق » . وذكر أن هذا النص يكاد يردد حرفياً ما جاء بالمادة ٧٤ فقرة ٢ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ٣٥ من القانون البولونى والمادة ١٢٤ من القانون اللبنانى . وقال أحد أعضاء اللجنة إنه يبدو من مقارنة وجهات النظر جميعاً أن نظرية إساءة استعمال الحق تخضع لاعتبارين أساسيين : أحدهما نفسى محض وهو نية التدليس التى تصرف العمل المشروع إلى قصد واحد هو الإضرار بالغير ، والثانى مادى يواجه الضرر المتسبب عن مباشرة هذا العمل فى نطاق يجاوز الحدود المادية المرسومة له ، وقد اقترح بناء على ذلك النص التالى : «لا يجوز لأحد أن يستعمل حقه دون مصلحة تعود عليه ولمجرد قصد الإضرار بالغير» ، فهذا النص يوفق بين الاعتبارين السابق ذكرهما ، ويتضمن الشروط الأربعة المطلوبة وهى : (١) استعمال الحق . (٢) انعدام المصلحة من هذا الاستعمال . (٣) قصد الإضرار (ويستوى معه الخطأ الجسيم) . (٤) الضرر الفعلى . ورأى أحد الأعضاء أن من الخير عدم استحداث جديد فى هذه النظرية وذلك باقتباس نص قائم فى أى من التشريعات الحديثة لتجنب المحاكم الوقوع فى العثرات التى يهيئها تطبيق نص جديد فى مثل هذا الموضوع ، واقترح اقتباس نص المشروع الفرنسى الإيطالى . واقترح أحد الأعضاء النص التالى : « يعد مسئولا كل من تجاوز حدود الغرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق » .

وتقدم أحد الأعضاء بنص آخر يجمع بين الفكرة التى عبر عنها التقنين المدنى الألمانى وفكرة استعمال الحق بطريقة منافية للغرض الاجتماعى الذى من أجله تقرر الحق ، على النحو الآتى : « تنتهى مشروعية استعمال الحق إذا كان من شأنه الإضرار بالغير دون فائدة تعود على من يستعمله ، أو إذا كان مخالفاً صراحة للغرض الاجتماعى الذى تقرر من أجله » . ثم اقترح أخيراً الأخذ بالنص الوارد فى المشروع النهائى للتقنين المدنى الإيطالى وهو : « لا يسوغ لأحد أن يستعمل حقه بطريقة تتعارض والغرض الذى من أجله تقرر له هذا الحق » . فوافقت اللجنة على الأخذ بهذا النص وجعله المادة ٧ من الباب التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ ص ٢٠٤ — ص ٢٠٨ فى الهامش) .

٥٦٤ — معايير التعسف ومعايير الخطأ : ويتبين مما تقدم أن للتعسف فى استعمال الحق على الوضع الذى جاء به التقنين المدنى الجديد معايير ثلاثة : نية الإضرار ، ورجحان الضرر ، والمصلحة غير المشروعة .

ونية الإضرار هى المقابلة للخطأ العمدى . ورجحان الضرر هو المقابل للخطأ الجسيم . والمصلحة غير المشروعة هى المقابلة للخطأ غير الجسيم .

فالعمد والخطأ الجسيم متطابقان فى صورتى الخطأ : صورة التعسف فى استعمال الحق وصورة الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . أما الخطأ غير الجسيم ، ففى الخروج عن حدود الحق أو الرخصة رأيناه أى انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادى ، وفى التعسف فى استعمال الحق لا يكون الانحراف إلا فى حالة واحدة هى أن يرمى صاحب الحق فى استعماله لحقه إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة . ومن ثم يكون الخطأ غير الجسيم فى التعسف أضيق منه فى الخروج عن الحق أو الرخصة . ويرجع السبب فى ذلك إلى نصوص القانون التى ضيقت من حدود التعسف(١) . وقد يبرر ذلك أن صورة الخطأ فى التعسف هى صورة

---

(١) وكان القضاء المصرى فى عهد التقنين القديم يطبق هذه المبادىء قبل أن ترد فى نصوص التقنين الجديد . من ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية من أن نظرية الاعتساف فى استعمال الحق تسمح بأن يكون لصاحب الحق جواز إنكاره بما يرجع لتقديره هو لظروفه الخاصة به ، إلا إذا استخدم بقصد التنكيل بالغير ولغير غرض جدى شريف يرجوه لنفسه من وراء الإنكار (استئناف مصر فى ٢٢ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٢٢ ص ٤٤٣) . وما قضت به محكمة مصر الكلية الوطنية من أنه لا يجوز استعمال الحق إذا كان الغرض الأساسى منه هو الإضرار بالغير (محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٣١ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٣١ ص ٧٤) . وما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة فيمن اختار عمداً من بين الطرق القانونية المواتية له ما يضر منها بالغير من غير أية فائدة يجنيها ، فإنه يسىء استعمال حقه ويلزم بالتعويض (استئناف مختلط فى ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٣٣٣ ص ٦٩٨) . وما قضت به هذه المحكمة أيضاً من أن التعسف فى استعمال الحق عمل غير مشروع ، إما لأنه قد تم بقصد الإضرار بالغير ، وإما لأنه انحرف عن الغرض الذى أعطى الحق من أجله ، وإما لأنه ألحق بالغير ضرراً جسيما (استئناف مختلط فى ٧ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٥) .

هذا وجزاء التعسف فى استعمال الحق يغلب أن يكون تعويضاً نقدياً . وقد يكون تعويضاً عينياً ، إما بإزالة الضرر بعد أن وقع (هدم الحائط الذى يحجب النور مثلا) ، وإما بمنع الضرر أن يقع (كما

مستحدثة ، فيحسن عدم التوسع فيها[1] .

جـ — تطبيقات مختلفة لنظرية التعسف فى استعمال الحق

٥٦٥ — تطبيقات تشريعية وتطبيقات قضائية : تنتشر تطبيقات التعسف فى استعمال الحق فى جميع نواحى القانون . وبعض هـذه التطبيقات وردت فيها نصوص تشريعية خاصة فى التقنين المدنى الجديد ، فتسرى عليها هذه النصوص بالذات . وبعضها كان ثمرة اجتهاد القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم ، ولم يخرج القضاء فى تطبيقه لنظرية التعسف عن المبادىء التى قدمناها . فنورد بعضاً من التطبيقات التشريعية وبعضاً من التطبيقات القضائية[2] .

٥٦٦ — تطبيقات تشريعية من نصوص التقنين المدنى الجديد : نصت الفقرة الأولى من المادة ١١ على ما يأتى : « الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم . ومع ذلك ففى التصرفات المالية التى تعقد فى مصر ، وتترتب آثارها فيها ، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه ، فإن هذا السبب لا يؤثر فى أهليته » .

= إذا كان فى التنفيذ العينى إرهاق للمدين ، وتعسف الدائن فى المطالبة بهذا التنفيذ فى غير مصلحة جدية ، فإنه يمنع من ذلك ويفرض عليه أن يقتصر على تعويض نقدى : م ٢٠٣ فقرة ٢) . وسنرى أمثلة أخرى فى التطبيقات التشريعية للتعسف .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بالتعويض على أن الطاعن استعمل حق الطلاق استعمالا غير مشروع قصد به تحقيق مصلحة غير مشروعة هى إسقاط حكم النفقة الصادر للمطعون عليها طبقاً لشريعة العقد ، فان هذا القضاء يخالف أحكام القانون التى توجب تطبيق أحكام الشريعة الغراء وهى ديانة الزوج عند إيقاع الطلاق كما يخالف ما استقر عليه القضاء من عدم وجود حقوق مكتسبة استناداً إلى القانون الذى أبرم الزواج فى ظله : نقض مدنى فى ١٩٦٣/١/٣٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ١٨٩ رقم ٢٤] .

(٢) هذا وكثيراً ما تختلط تطبيقات التعسف فى استعمال الحق بتطبيقات الخروج عن حدود الحق أو الرخصة . وقد سبق أن بينا الفرق ما بين الوضعين .

فناقص الأهلية هنا إذا طلب إبطال العقد يكون متعسفاً ، فيرد عليه قصده ، ويحرم من الحق فى إبطال العقد ، ولا يؤثر هذا السبب الخفى فى أهليته . وجزاء التعسف هنا هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ على ما يأتى : « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها » . وهنا أيضاً جزاء التعسف هو منع الضرر من أن يقع .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٩٥ فى عقد العمل على ما يأتى : « وإذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر ، إلى جانب التعويض الذى يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الإخطار ، الحق فى تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً » . وجزاء التعسف هنا تعويض نقدى .

ونصت المادة ٦٩٦ فى عقد العمل على ما يأتى : « ١ — يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل . إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته ، وعلى الأخص بمعاملته الجائرة أو مخالفته شروط العقد ، إلى أن يكون هو فى الظاهر الذى أنهى العقد . ٢ — ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله لغير ما ذنب جناه ، لا يعد عملا تعسفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل ، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل » . وجزاء التعسف هنا أيضاً تعويض نقدى .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٨١٨ على ما يأتى : « ومع ذلك فليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط » . ويجوز أن يكون جزاء التعسف هنا هو إزالة الضرر بعد أن وقع ، فيقام الحائط الذى هدمه مالكه تعسفاً من جديد .

ونصت المادة ١٠٢٩ على ما يأتى : « لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق

كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق ، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به » . والتعسف هنا فى أن يطالب مالك العقار المرتفق بقاء حق الارتفاق بعد أن زالت منفعته . والجزاء هو إزالة الضرر عيناً بانهاء حق الارتفاق[١] .

٥٦٧ — تطبيقات قضائية : والقضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم عنى بالأحكام التى تطبق نظرية التعسف فى استعمال الحق فى نواح مختلفة . ونجتزىء هنا بالإشارة إلى بعض منها .

من ذلك التعسف فى استعمال حق الملكية ، إذا استعمل المالك حقه بنية الإضرار بالغير. ويؤخذ قرينة على نية الإضرار ألا يكون للمالك نفع ظاهر من استعمال حقه على النحو الذى اختاره مع علمه بالضرر الذى يلحق بالغير . فيعتبر متعسفاً المالك الذى يقيم حائطاً فى حدود ملكه يستر النور ويمنع الهواء عن جاره دون نفع ظاهر له[٢] . أما إذا أقام الحائط ليستتر من أن يطل الجار على داره أو على حديقته ، فلا تعسف ولا تعويض[٣] . وإذا استعمل المالك حقه دون حيطة ، فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادى وأضر بالجار ضرراً بليغاً ، كان مسئولا ، مثل ذلك من يبنى فى أرضه فيخالف قواعد فن البناء تقصيراً وإهمالا فيضر بجاره[٤] . ومثل ذلك أيضاً من يقيم فى ملكه مدخنة تؤذى الجار وكان

---

(١) انظر فى تطبيقات تشريعية أخرى يتنوع فيها الجزاء: م ١٢٤ (التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية) — م ٥١٦ فقرة ١ (عزل الشريك من الإدارة دون مسوغ) — م ٥٩٤ فقرة ٢ (إيجار من الباطن للعقار الذى أنشىء به مصنع أو متجر) — م ٨١٥ (تعلية الحائط المشترك) — م ١٠٢٣ (زيادة عبء حق الارتفاق) م ١٠٢٤ — ١٠٢٥ (تجزئة العقار المرتفق والعقار المرتفق به) — م ١٠٩٤ (إنقاص حق الاختصاص إلى الحد المناسب) — م ١١٠٦ (إدارة المرهون رهن حيازة إدارة سيئة) .

(٢) استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٢ — وفى ١٢ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٢٧ .

(٣) استئناف مختلط فى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ — وفى ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤٣ .

(٤) استئناف مختلط فى ١٠ يونيه سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٣ .

يمكنه تجنب هذا الأذى لو أقام المدخنة فى مكان آخر[(١)] .

ومن ذلك أيضاً التعسف فى استعمال الحق فى إنهاء العقد . فرب العمل الذى يفصل عاملا مدفوعاً فى ذلك بعامل الانتقام يكون متعسفاً وتتحقق مسئوليته التقصيرية[(٢)] .

ومن ذلك أخيراً التعسف فى استعمال سلطة الوظيفة ، وهو ما يعرف فى القانون الإدارى بالتعسف فى استعمال السلطة (détournement de pouvoir) . فإذا انحرف الموظف فى أعمال وظيفته عن مقتضى الواجب المفروض عليه ، وصدر تصرفه بقصد الإضرار لأغراض نائية عن المصلحة العامة ، كان متعسفاً فى استعمال السلطة وتحققت مسئوليته[(٣)] .

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٥ نوفبر سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٦ ص ٨ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٩ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ — وانظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٥ — وفى ١٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٨ — وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٩٣ — وفى ٢٥ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٩١ — وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٢ — وفى ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٧ .

[وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد أثبت تعسف الشركة المطعون عليها فى فصل الطاعن من عمله لمجرد رفعه دعوى بالمطالبة بما يعتقد أنه من حقه واعتبر الحكم أن هذا الفصل التعسفى خطأ ورتب عليه مسئولية الشركة المطعون عليها عن تعويض الطاعن عن الضرر ثم قدر الحكم التعويض فى حدود حقه المطلق فى التقدير على هدى العناصر التى أشار إليها ويستوجبها قانون عقد العمل الفردى عند التقدير فإن ما ورد فى الحكم يتضمن الرد الكافى على ما ينعى به الطاعن عليه من القصور ومخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه : نقض مدنى فى ١٩٥٩/١٢/٣١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٨٦٦ رقم ١٣٢] .

(٣) نقض مدنى فى ١٩ نوفبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٣ ص ٣ . وقد يقع التعسف فى استعمال السلطة عن طريق قرار إدارى يصدر من الموظف ، فيكون باطلا ويوجب التعويض . وكل من دعوى الإلغاء ودعوى التعويض فى هذه الحالة يكون من اختصاص محكمة القضاء الادارى بمجلس الدولة . وقد يقع التعسف فى استعمال السلطة عن طريق عمل مادى ، فيوجب مسئولية كل من الموظف والحكومة مسئولية تقصيرية ، ودعوى المسئولية هنا من اختصاص القضاء العادى وحده .

أنظر فى تطبيقات أخرى : عدول الخاطب عن الخطبة والتعسف فى استعمال حق الطلاق والتعسف فى استعمال حق الادعاء والتعسف فى استعمال حق دفع الدعوى : محمد كامل مرسى فى الالتزامات ٢ فقرة ٤٣ — ٤٦ — وفى التعسف فى استعمال حق الملكية وفى حق الرجوع إلى القضاء وفى حرية الرأى وفى =

المبحث الثانى

الضرر

(Le Préjudice)

٥٦٨ — تحديد الموضوع — الإثبات: الضرر[1] هو الركن الثانى للمسئولية التقصيرية . فليس يكفى لتحقيق المسئولية أن يقع خطأ ، بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً[2]

= السلطة العائلية وفى العقود حسين عامر فى نظرية سوء استعمال الحقوق فقرة ١٠٤ — ٢٦٠ — ومؤلفه فى المسئولية المدنية فقرة ٣٠٤ — فقرة ٣١٢ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن حق الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق العامة التى تثبت للكافة ، إلا أنه لا يسوغ لمن يباشر هذا الحق الانحراف به عما وضع له واستعماله استعمالا كيدياً ابتغاء مضارة الغير وإلا حقت المساءلة بالتعويض . وسواء فى هذا الخصوص أن يقترن هذا القصد بنية جلب المنفعة لنفسه أو لم تقترن به تلك النية ، طالما أنه كان يستهدف بدعواه مضارة خصمه . فاذا كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توفر نية الاضرار وقصد الكيد لدى الطاعن بطلب شهر إفلاس المطعون عليه ، فحسبه ذلك ليقوم قضاؤه فى ذلك على أساس سليم (نقض مدنى ٥ اكتوبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ٨٧ ص ٥٧٤)] .

(١) [انظر فى بيان ركن الضرر الدكتور سليمان مرقس فى دروسه للدكتوراه بجامعة القاهرة فى المسئولية التقصيرية صحيفة ٩١ بند ٥٥ وما بعده — وكتابه الفعل الضار طبعة ١٩٥٦ ص ٣٤ بند ٢٥ وكتابه مصادر الالتزام طبعة ١٩٦٠ ص ٤٩٥ بند ٣٨٠ — والدكتور حشمت أبوستيت مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٤ ص ٤٣٥ بند ٤٠٩ — والدكتور أنور سلطان (المصادر طبعة ١٩٦٢) ص ٥٢٠ بند ٤٤٨ — والدكتور عبد المنعم فرج الصدة (المصادر ١٩٥٨) ص ٤٨٨ بند ٤٤٧ — وانظر الدكتور اسماعيل غانم فى أحكام الالتزام طبعة ١٩٥٦ ص ٨٩ بند ٥٣ وما بعده — ومطول بيدان جزء ٩ مكرر ص ٢١٦ بند ١٠٩٥ ومابعده وكذلك ص ٢٦٦ بند ١٦٤٨ وما بعده — مارتى ورينو جـ ٢ (المجلد الأول) ص ٣٥٢ بند ٣٧٥ وكذلك ص ٥٥١ بند ٥٠٨ — دى باج جـ ٢ ص ٨٨٩ بند ٩٤٧ وما بعده وكذلك ص ٩٧٨ بند ١٠١٨ وما بعده] .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٤٣ — وفى ٢٢ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٦٤ — وفى ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٩ — وفى ٣ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ — وفى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٤ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٢ — وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٨ — وفى ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٩٧ — وفى ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ — وفى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٤٣ — وفى ٢ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٧٦ — أنظر أيضاً استئناف وطنى فى ١٠ يونيه سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ٤٠٦ .

ونتكلم هنا فى قيام الضرر فى ذاته . أما الكلام فى التعويض عن الضرر فمحله الفرع الخاص بآثار المسئولية .

والمضرور هو الذى يثبت وقوع الضرر به . ووقوع الضرر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن[1] .

٥٦٩ — الضرر المادى والضرر الأدبى[2] : وقد يكون الضرر مادياً يصيب المضرور فى جسمه أو فى ماله ، وهو الأكثر الغالب . وقد يكون أدبياً يصيب المضرور فى شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو أى معنى آخر من المعانى التى يحرص الناس عليها . ونتكلم فى كل من هذين النوعين .

المطلب الأول

الضرر المادى

٥٧٠ — شرطاه : الضرر المادى هو إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية . ويجب أن يكون هذا الإخلال محققاً ، ولا يكفى أن يكون محتملا يقع أو لا يقع .

---

(١) ووقوع الضرر مسألة موضوعية لارقابة فيها لمحكمة النقض . ولكن الشروط الواجب توافرها فى الضرر ، وجواز التعويض عن الضرر الأدبى ، وانتقال هذا التعويض إلى الورثة ، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض (الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ٣٠) .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع حين قضت برفض التعويض قد أسست قضاءها فى ذلك على ماقالته من عدم ثبوت الضرر ، وهو ما تملكه فى حدود سلطتها التقديرية ، فلا معقب عليها .

(نقض جنائى فى ٢٢/١١/١٩٥٤ مجموع أحكام النقض السنة ٦ رقم ٦٧ ص ٢٠١)] .

[وقضت محكمة النقض بأن الضرر ركن من أركان المسئولية وثبوته شرط لازم لقيامها والقضاء بالتعويض تبعاً لذلك ، فاذا كان رب العمل قد تمسك فى دفاعه بأن العامل لم يلحقه ضرر من جراء فصله إياه من العمل وذلك لالتحاقه بخدمة رب عمل آخر فان الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع ولم يعن بتمحيصه والرد عليه مع أنه دفاع جوهرى يحتمل فيما لو ثبت أن يتغير معه وجه الرأى فى الدعوى يكون مشوباً بقصور يبطله : نقض مدنى فى ٣٠ مايو سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ١٠٦ ص ٧١٦] .

(٢) [أنظر الدكتور سليمان مرقس دروس الدكتوراه السابق الاشارة اليها بند ٥٨ وما بعده فى التمييز ما بين الضرر المادى والضرر الأدبى وبند ٦١ فى إمكان اجتماع الضررين المادى والأدبى] .

فللضرر المادى إذن شرطان : (١) أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور . (٢) أن يكون محققاً . ونبحث كلا من هذين الشرطين .

§ ١ — الإخلال بمصلحة مالية للمضرور

٥٧١ — الضرر إخلال بحق أو بمصلحة : قد تكون المصلحة المالية للمضرور حقاً أو مجرد مصلحة مالية . ونستعرض كلا من الفرضين .

٥٧٢ — الضرر إخلال بحق للمضرور : لكل شخص الحق فى السلامة : سلامة حياته وسلامة جسمه . فالتعدى على الحياة ضرر ، بل هو أبلغ الضرر . وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأى أذى آخر من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب أو يكبد نفقة فى العلاج هو أيضاً ضرر مادى[1] .

والتعدى على الملك هو إخلال بحق ويعتبر ضرراً . فإذا أحرق شخص منزلا لآخر، أوقلع زراعته،أوخرب أرضه ، أو أتلف له مالا كأثاث أوعروض أوغير ذلك ، كان هذا ضرراً مادياً أصاب المضرور فى حق ثابت له . وكل إخلال بحق مالى ثابت ، عينياً كان هذا الحق أو شخصياً ، هو ضرر مادى[2] . والأمثلة على ذلك كثيرة نجتزىء بما قدمناه منها .

---

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٥ يونية سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٤١٢ ص ٢٥١ .

(٢) [قضت محكمة النقض بأن من المقرر فى القانون أنه ليس للمستأجر الجديد أن يطرد المستأجر القديم بالقوة من العقار المؤجر وليس له أن يضع اليد على العين المؤجرة إلا بالتراضى أو تنفيذاً لحكم قضائى . وإذن فإذا قضى الحكم على المستأجر الجديد بالتعويض للمستأجر القديم باعتباره صاحب اليد على الأرض التى كانت لا تزال مشغولة بزرعه الذى كان قائماً بحصاده على أساس الضرر الناشىء عن مخالفة القانون باعتداء المستأجر الجديد ، فانه لا يكون قد أخطأ فى شىء .

(نقض جنائى فى ١٣/٢/١٩٥٠ مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض خلال ٢٥ عاماً ص ٦١٦ رقم ١٠٠) .

كما قضت فى حكم آخر بأنه لا يكفى للحكم بالتعويض لصاحب الأرض التى تعطلت زراعتها بسبب قيام الحكومة بإنشاء مصرف أن يثبت تحقق الضرر بل يجب أن يكون طالب التعويض هو المضرور فعلا ، فإذا كانت هذه الأرض مؤجرة للغير وأحالت المحكمة الدعوى على التحقيق لإثبات تنازل صاحب الأرض للمستأجر عن مقابل الضرر ثم أصدرت حكمها بالتعويض لصاحب الأرض مكتفية بالتحدث عن ثبوت الضرر وتقدير التعويض دون أن تقول كلمتها فى نتيجة التحقيق ، فان حكمها يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه .

(نقض مدنى فى ١٠/١١/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٩٦ ص ١٤٥٧)]

وقد يصيب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر . فالقتل ضرر أصاب المقتول فى حياته ، وعن طريق هذا الضرر أصيب بضرر أولاد المقتول بحرمانهم من العائل ، وهذا عدا الضرر الأول الذى أصاب المقتول نفسه[1] . والحق الذى يعتبر الإخلال به ضرراً أصاب الأولاد تبعاً هو حقهم فى النفقة قبل أبيهم[2] . وقد يكون المضرور تبعاً دائناً للمصاب لا بنفقة ولكن بحق آخر ، فالإخلال بهذا الحق يعتبر ضرراً

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧ — وفى ٢٨ يونيه سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢١٠ .

(٢) ويكفى أن يكون من فقد العائل له حق فى النفقة ولو لم يكن يعال بالفعل ، ذلك أن فقد العائل قد أضاع عليه حقاً ثابتاً هو حقه فى النفقة . أما إذا كان ليس له حق فى النفقة ولكن كان يعال فعلا ، فنرى أن الضرر الذى ينزل به فى هذه الحالة يكون إخلالا بمصلحة مالية لا إخلالا بحق ثابت — أما الزوج فلا يطالب بتعويض عن ضرر مادى بسبب موت زوجته لأن الزوج لا تجب له النفقة على زوجته (استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٦) . ولكن الزوجة تطالب بتعويض عن الضرر المادى لأن لها النفقة على زوجها ، فإذا ما تزوجت ثانية بعد موت زوجها الأول كان هذا محل اعتبار فى تقدير التعويض (استئناف مختلط فى ٧ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١) . ولا يتقاضى الوالد تعويضاً عن ضرر مادى أصابه من موت ولده الصغير إلا إذا كان الوالد يستفيد من عمل ولده (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢ — وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٩٥) — ولا يدخل فى تقدير التعويض ما أنفقه الوالد فى تعليم ابنه المصاب فإن التعليم واجب عليه (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٧٣) — وانظر عكس ذلك استئناف مختلط فى ٥ يونية سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢٤) .

والقضاء مضطرد فى جواز الحكم بتعويض عن الضرر المادى الذى يصيب من فقد العائل (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ — وفى أول يونية سنة ١٧٩٨ م ١٠ ص ٢٩٢ — وفى ١٩ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٩٢ — وفى ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ — وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ — وفى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ — وفى ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٣٣٢ ص ٢٩٣) . وهذه الحق ليس ميراثاً يتلقاه بل هو حق شخصى له فلا يعطى بنسبة النصيب فى الإرث بل بمقدار الضرر الذى وقع (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٦ — وفى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨) . ولا ينتقل حق التعويض إلى ورثة من فقد العائل حتى لو مات هذا بعد رفع الدعوى (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٥) . أما إذا ثبت أن أقارب المصاب مستقلون عنه وأنه ليس يعولهم فلا حق لهم فى التعويض : استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٢٢ (بنت متزوجة) — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٩٦ (شقيقة تزاول مهنة تستطيع أن تعيش منها) — وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢١٨ (بنت متزوجة وتعيش مستقلة مع زوجها وأولاد بلغوا سن الرشد موظفون فى الحكومة ويعيشون مع والدهم ولكنه لا ينفق عليهم بل هم الذين يساعدونه) .

بالتبعيـة . مثل ذلك دائن يطالب المدين بعمل يستوجب تدخله الشخصى ، وقد قتل المدين ، فللدائن مطالبة القاتل بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء فقد مدينـه وفوات الفرصة عليه فى تنفيذ العمل . أما إذا كان الدائن يستطيع أن يحصل على حقه من غير تدخل المدين ، فلا يكون ثمة ضرر . ذلك أن التركة إذا كانت موسرة استطاع الدائن أن يتقاضى منها حقه ، وإذا كانت معسرة فقد ثبت أن المدين كان معسراً قبل موته ولم يحدث للدائن ضرر بالموت .

٥٧٣ — الضرر إخلال بمصلحة مالية للمضرور : وقد يكون الضرر إخلالا لا بحق للمضرور ولـكن بمجرد مصلحة مالية له . مثل ذلك أن يصاب عامل فيستحق معاشاً عند رب العمل ، فيكون المسئول عن إصابة العامل قد أصاب رب العمل فى مصلحة مالية له إذ جعله مسئولا عن معاش العامل ، والإخلال بالمصلحة المالية على هذا النحو يعد ضرراً . ومثل آخر للمصلحة المالية التى يصاب فيها المضرور أن يفقد عائله دون أن يكون له حق ثابت فى النفقة ، وهذا بخلاف من له حق ثابت فى النفقة فإن الضرر يصيبه فى حق لا فى مصلحة . ويقع ذلك إذا كان شخص يعول أحداً من أقاربه أو ممن يلوذ به دون أن يلزمه القانون بالنفقة عليه . فمن يعال إذا فقد العائل يكون قد أصيب فى مصلحة مالية — لا فى حق — إذا هو أثبت أن العائل كان يعوله فعلا وعلى نحو مستمر دائم وأن فرصة الاستمرار على ذلك فى المستقبل كانت محققة ، فيقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى له بتعويض على هـذا الأساس[1] . كذلك الضرر الذى يصيب

---

(١) [قضت محـكمة النقض بأنه يشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادى أن يكون هناك إخلال بمصلحة مالية للمضرور ، وأن يكون هذا الضرر محققاً ، فإذا أصاب الضرر شخصاً بالتبعية عن طريق ضرر أصاب شخصاً آخر فلابد من توفر حق لهذا الغير يعتبر الإخلال به ضرراً أصـابه . والعبرة فى تحقق الضرر المادى للشخص الذى يدعيه نتيجة لوفاة آخر هو أن يثبت أن المجنى عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته وعلى نحو مستمر دائم وإن فرصة الاستمرار على ذلك فى المستقبل كانت محققة فيقدر القاضى ما ضاع على المضرور من فرصة بفقد عائله ويقضى له بتعويض على هذا الأساس . فمجرد احتمال وقوع ضرر فى المستقبل لا يـكفى للحكم بالتعويض : نقض جنائى فى ١٣ /٣/٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٩٩ — ص ٣٢٠] .

الخطيبة من فقد خطيبها يقاس بمقدار ما كلفتها الخطبة من نفقات وبمقدار ما ضاع عليها من فرصة فى إتمام الزواج ، وهذا أمر يترك تقديره للقاضى[1] .

ويراعى أن المصلحة المالية التى يعد الإخلال بها ضرراً هى المصلحة المشروعة . أما المصلحة غير المشروعة فلا يعتد بها ، ولا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب التعويض . فالخليلة لا يجوز أن تطالب بتعويض عن ضرر أصابها بفقد خليلها ، لأن العلاقة فيما بينهما كانت غير مشروعة . أما الولد الطبيعى والأبوان الطبيعيان فيجوز لهم ذلك ، لأن العلاقة فيما بينهم ، وإن كانت قد نشأت عن علاقة غير مشروعة ، هى فى ذاتها مشروعة[2] .

§ ٢ — تحقق الضرر

٥٧٤ — الضرر الحال والضرر المستقبل[3] : ويجب أن يكون الضرر محقق الوقوع ، بأن يكون قد وقع فعلا ، أو سيقع حتما[4] .

---

(١) أما المتعاملون مع المصاب ، كالحائك والقصاب والحجام ، فإن مجرد تعاملهم معه لا يكفى لتوليد مصلحة محققة يكون الإخلال بها ضرراً ، بل يجب أن يكون هناك عقد بينهم وبين المصاب ، فيكون الضرر هو الإخلال بحق نشأ من هذا العقد لا بمصلحة مالية فحسب (مازو ١ فقرة ٢٧٧ — ٦) .

[وقد قضت محكمة النقض « بأنه متى كان الحكم الموضوعى إذ قضى للمطعون عليه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب الدعاوى الكيدية التى رفعها الطاعن قرر أن مسلك هذا الأخير استنفد من وقت المطعون عليه ومجهوده وماله الشىء الكثير ليجابه نشاط خصمه وأن هذه الإجراءات الكيدية التى عانى منها المطعون عليه وأقلقت باله فى مدى ١١ عاماً تقدر المحكمة عنها المبلغ الذى قضت به فإن فى هذا الذى أورده الحكم البيان الكافى لعناصر الضرر الذى قضى بالتعويض عنه : نقض مدنى ١٩٥٢/٤/١٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ ص ٩١٦ رقم ١٣٣] .

(٢) انظر مازو فقرة ٢٧٧ — إلى فقرة ٢٩١ . [وانظر عبد المنعم فرج الصدة نهاية فقرة ٤٤٩ ص ٤٩٠ وقارن أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٤٣٦ ص ٤٣٧ حيث يرى أن كل ما يترتب على العلاقة الطبيعية لا يجوز أن يحميه القانون فى مصر لمخالفتها للآداب] .

(٣) [انظر الدكتور مرقس دروس الدكتوراه المشار إليها ص ١٠٧ بند ٦٦] .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب بمقتضى القانون لصحة طلب المدعى المدنى الحكم له من المحكمة =

مثل الضرر الذى وقع فعلا — وهو الضرر الحال — هو أن يموت المضرور أو يصاب بتلف فى جسمه أو فى ماله أو فى مصلحة مالية له على النحو الذى قدمناه .

ومثل الضرر الذى سيقع حتما — وهو الضرر المستقبل — هو أن يصاب عامل فيعجز عن العمل ، فيعوض ليس فحسب عن الضرر الذى وقع فعلا من جراء عجزه عن العمل فى الحال . بل وعن الضرر الذى سيقع حتما من جراء عجزه عن العمل فى المستقبل . فإذا كان هــذا الضرر يمكن تقديره فوراً قدره القاضى وحكم به كاملا . أما إذا كان لا يمكن تقديره ، فقد يرجع ذلك إلى أن الضرر يتوقف تقديره على أمر لا يزال مجهولا ، كما إذا أصيب العامل فى ساقه وتوقف تقدير الضرر على ما إذا كانت الساق ستبتر أو ستبقى . فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر التعويض على كلا الفرضين ويحكم بما قدر ، ويتقاضى العامل التعويض الذى يستحقه وفقاً لأى من الفرضين يتحقق فى المستقبل . وقد يرجع عدم إمكان التقدير فى الحال إلى أن العامل سيبقى عاجزاً عن العمل عجزاً كلياً أو جزئياً طول حياته ، ولا يعلم أحد فى أى وقت يموت ، فيجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يجعل التعويض إيراداً مرتباً مدى الحياة . وقد يرجع عدم إمكان تقــدير الضرر إلى أسباب أخرى ، فيجوز للقاضى بعد أن يقدر الضرر وفقاً لمـا تبينه من الظروف أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير[1] . وقد أشار إلى هذه الفروض

= الجنائية بتعويضات مدنية أن يكون الضرر المدعى ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد ، واقعاً ولو فى المستقبل. ومجرد الادعاء باحتمال وقوع الضرر لا يكفى بالبداهة (نقض جنائى فى ١٦ يونية سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٤١ ص ٧٤٦) . وانظر أيضاً طنطا الاستئنافية فى ٤ مايو سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٧٦ ص ٥٠ — وانظر فى القضاء المختلط : استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريللى م ١٧٩ رقم ٩ — وفى ١٠ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٧٨ — وفى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٠ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٠٩ م ٣١ ص ١١٠ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٣ — وفى ١١ فبراير سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ٦٨ ص ١٥٥ — وفى ٤ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٩٩ — وفى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ — م ٣٨ ص ٢٠٧ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن احتمال حصول الضرر لا يصلح أساساً لطلب التعويض ، بل يلزم تحققه . نقض جنائى فى ٥/٣/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٨٩ ص ٥٨٢] .

(١) وقد جرى القضاء فى عهد التقنين القديم على هذا المبدأ فكان يسمح للمضرور أن يطلب تعويضاً =

التقنين المدنى الجديد . فقضى فى المادة ١٧٠ بأن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١و٢٢٢ مراعياً فى ذلك الظروف الملابسة ، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور

= مؤقتاً ثم يستكمله بعد ذلك فى دعوى تالية . وقضت محكمة النقض فى هذا المعنى بما يأتى : إذا دخل شخص مدعياً بحق مدنى أمام محكمة الجنح طالباً أن يقضى له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عن الضرر الذى أصابه بفعل شخص آخر ، مع حفظ الحق له فى المطالبة بالتعويض الكامل من المسئول عنه بقضية على حدة ، وقضى له بالتعويض المؤقت ، فذلك لا يمنعه من المطالبة بتكملة التعويض بعد أن يتبين له مدى الأضرار التى لحقته من الفعل الذى يطلب التعويض بسببه . وقالت المحكمة فى أسباب الحكم ما يأتى : « ... أن المطعون ضده إذا كان قد تدخل فى دعوى الجنحة وطلب فيها خمسة جنيهات تعويضاً عن الحادثة التى يطلب التعويض بسببها الآن ، فلقد حدد قدر التعويض وصفته وأثبتت محكمة الجنح له أنه إنما يطلب تعويضاً مؤقتاً (أى شيئاً بسيطاً مما يستحق له من التعويض) محتفظاً بحقه فى طلب التعويض الكامل من المسئولين عنه بعد أن يبين الزمن مدى الأضرار التى نشأت له من الحادثة . . كل هذا قد بينه الحكم المطعون فيه بصدوره على هذا الوضع ، وأكد أن المطعون ضده لم يستنفد فى دعوى الجنحة ما كان له من حق فموضوع هذه الدعوى هو إذن غير موضوع الدعوى الأولى ، بل هو تكملة له كما قال الحكم المطعون فيه (نقض مدنى فى ٧ يونية سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٩٠ ص ٤١٥) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض مدنى فى ٢ أبريل سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٠ ص ٤٢٢ — نقض جنائى فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٧ رقم ٤٩ ص ٩٨ — المنصورة الكلية الوطنية فى ١٢ سبتمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٣٠ ص ٣٩٥ — استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٨٨ — وفى ٢٩ نوفبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٤٠ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى بالحق المدنى أمام محكمة الجنح قد طلب القضاء له بمبلغ بصفة تعويض مؤقت عن الضرر الذى أصابه مع حفظ حقه فى المطالبة بالتعويض الكامل وقضى له بالتعويض على هذا الأساس ، فان ذلك لا يحول بينه وبين المطالبة بتكملة التعويض أمام المحكمة المدنية لأنه لا يكون قد استنفد كل ماله من حق أمام محكمة الجنح ، ذلك أن موضوع الدعوى أمام المحكمة المدنية ليس هو ذات موضوع الدعوى الأولى بل هو تكملة له : نقض مدنى ١٧/١١/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٣ ص ١٤٩٥] .

وقد جرت العادة عندما كان القضاء المختلط قائماً ، إذا كانت دعوى المسئولية من اختصاصه والدعوى الجنائية من اختصاص المحاكم الوطنية ، أن يدخل المضرور مدعياً مدنياً فى الدعوى الجنائية بمبلغ ضئيل على سبيل التعويض المؤقت ، ثم يرفع دعوى المسئولية أمام المحاكم المختلطة مطالباً بتعويض كامل (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٣) .

هذا ويراعى أن التعويض المؤقت غير النفقة المؤقتة التى سيأتى ذكرها فيما يلى عند الكلام فى تقدير التعويض .

بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير»[1] . وقضى فى الفقرة الأولى من المادة ١٧١ بأن «يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف. ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً . ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً»[2] . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى التعويض .

على أن الضرر المستقبل قد لا يكون متوقعاً وقت الحكم بالتعويض فلا يدخل فى حساب القاضى عند تقديره ، ثم تتكشف الظروف بعد ذلك عما تفاقم منه ، كأن يكف بصر العامل الذى أصيب فى عينه أو أن تؤدى إصابته إلى وفاته . فهنا يجوز للمضرور أو لورثته أن يطالبوا فى دعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد دخل فى حساب القاضى عند تقدير التعويض الأول. ولا يمنع من ذلك قوة الشىء المقضى، فإن الضرر الجديد لم يسبق أن حكم بتعويض عنه أو قضى فيه . ولا يعتبر نزول النقد ظرفاً من شأنه أن يزيد فى الضرر . فإذا حكم لشخص بإيراد مرتب تعويضاً عن الضرر الذى وقع به ، وقدر الإيراد بمبلغ من النقود . ثم انخفضت قيمة النقد بعد ذلك ، فلا يستطيع المضرور أن يطالب بإعادة النظر فى تقدير الإيراد . ما لم يكن المبلغ المحكوم به قد روعى فيه أن يكون كافياً لنفقة

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « وقد لا يتيسر للقاضى أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً كما هو الشأن مثلا فى جرح لا تستبين عقباه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن . فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر تعويضاً موقوتاً بالتثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم على أن يعيد النظر فى قضائه بعد فترة معقولة يتولى تحديدها . فإذا انقضى الأجل المحدد أعاد النظر فيما حكم به ، وقضى للمضرور بتعويض إضافى إذا اقتضى الحال ذلك ، وعلى هـذا سار القضاء المصرى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٣) . وقيل فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ فى صدد الاعتراض على النص بمبدأ قوة الشىء المقضى ما يأتى : « إذا رأى القاضى أن الموقف غير جلى ، واحتفظ فى حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكميلى خلال مدة يعينها ، فلا يتنافى ذلك مع قاعدة حجية الأحكام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٤) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى صدد هذا النص ما يأتى : « والأصل فى التعويض أن يكون مبلغاً من المال ، ومع ذلك يجوز أن تختلف صوره ، فيكون مثلا إيراداً مرتباً يمنح لعامل تقعده حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوده . ويجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأميناً ، أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به. وينبغى التمييز بين التعويض من طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوت مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٧) .

المضرور . فيجوز عند ذلك زيادة الإيراد أو إنقاصه تبعاً لانخفاض قيمة النقد أو ارتفاعها[1] أما إذا كان القاضي قدر قيمة الضرر وحكم بالتعويض وفقاً لهذا التقدير ، ثم تكشفت الظروف بعد ذلك عن تناقص الضرر تناقصاً لم يكن متوقعاً ، كأن قضى لعامل بتعويض عن إصابة أدت إلى كف بصره . ثم تبين بعد ذلك أن العامل قد استرد شيئاً من قوة الإبصار ، فلا يجوز فى هذه الحالة أن يعاد النظر فى تقدير التعويض لإنقاصه لأن هذا التقدير قد حاز قوة الشيء المقضى[2] .

٥٧٥ — الضرر المحتمل : ويجب التمييز بين الضرر المستقبل préjudice futur — وهو ضرر محقق يجب التعويض عنه على ما بينا — والضرر المحتمل (préjudice éventuel) وهو ضرر غير محقق ، قد يقع وقد لا يقع ، فلا يكون التعويض عنه واجباً إلا إذا وقع فعلا . مثل ذلك أن يحدث شخص بخطئه خللا فى منزل جاره ، فالضرر المحقق هنا هو ما وقع من هذا الخلل . ويلتزم المسئول بإصلاحه ، ولكنه لا يلتزم بإعادة بناء المنزل إذا لم يكن من المحقق أن الخلل سيؤدى إلى انهدامه . ويتربص صاحب المنزل حتى إذا انهدم منزله فعلا بسبب هذا الخلل ، رجع على المسئول بالتعويض عن ذلك[3] .

٥٧٦ — التعويض عن تفويت الفرصة : كذلك يجب التمييز بين الضرر المحتمل — وهذا لا يعوض عنه على النحو الذى مر — وتفويت الفرصة (perte d'une chance) ويعوض عنه . ذلك أن الفرصة إذا كانت أمراً محتملا ، فإن تفويتها أمر محقق . وعلى هذا الأساس

---

(١) مازو ١ فقرة ٢٢١ .

(٢) مازو ١ فقرة ٢٣٠ .

(٣) انظر فى عدم جواز التعويض عن ضرر محتمل إلا إذا وقع فعلا : استئناف مختلط فى ٢ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٢ — وفى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٧٦ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يعيب الحكم استبعاده من عناصر الضرر الحرمان من مكافآت طالما أن نظره بنى على أن المدعى به فى هذا الصدد احتمالى وليس محقق الوقوع (نقض مدنى ٣ ديسمبر ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١١٣ ص ٧٥٠)] .

يجب التعويض ، فإذا أهمل محضر فى إعلان صحيفة الاستئناف إلى أن فات ميعاده ، أو قصرت جهة عقدت مسابقة فى إخطار أحد المتسابقين عن ميعاد المسابقة ففاته التقدم إليها ، فإنه إذا كان لا يمكن القول إن المستأنف كان يكسب الاستئناف حتما لو أنه رفع فى الميعاد ، أو أن المتسابق كان يفوز حتما فى المسابقة لو أنه تقدم إليها ، فلا يمكن القول من جهة أخرى إن الأول كان يخسر الاستئناف حتما ، وأن الثانى كان لا يفوز حتما فى المسابقة . وكل ما يمكن قوله إن كلا منهما قد فوتت عليه فرصة الكسب أو الفوز . وهذا هو القدر المحقق من الضرر الذى وقع . وعلى القاضى أن يقدر هذا الضرر ، بأن ينظر إلى أى حد كان الاحتمال كبيراً فى كسب الاستئناف أو فى الفوز فى المسابقة ، ويقضى بتعويض يعدل هذا الاحتمال[1] . والأمر لا شك يتسع فى مجال الاجتهاد ويختلف فيه التقدير ، وعلى القاضى أن يأخذ بالأحوط وأن يتوقى المبالغة فى تقدير الاحتمال فى نجاح الفرصة[2] .

ومما جرى به القضاء المصرى التعويض عن تفويت فرصة النجاح فى الامتحان[3] ، والتعويض عن تفويت الفرصة فى كسب دعوى الشفعة[4] ، والتعويض عن تفويت الموظف

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد قضى للطاعن بالتعويض على أساس أن إخلال الشركة المطعون عليها بالتزاماتها قد ضيع عليه فرصة كان يترقبها من وراء إظهاره فى الأفلام المتعاقد عليها ، وهى ذيوع شهرته كممثل سينمائى فإنه يكون من غير المنتج النعى على هذا الحكم بأنه وصف هذا الضرر بأنه ضرر أدبى فحسب فى حين أن الطاعن يرى أن الوصف الحقيق المنطبق عليه أنه ضرر مادى متى كان لم يقدم إلى محكمة الموضوع ما يدل على أن ضرراً آخر محققاً قد حاق به خلاف الضرر الذى قضى له بالتعويض من أجله : نقض مدنى ١٠/١٢/١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ٣٦ ص ٢٤١] .

(٢) مازو ١ فقرة ٢١٩ .

(٣) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن يحكم للطالب الذى يحرم دون حق من الامتحان ، بعدم إعطائه الفرص التى أباحها القانون ، بتعويض مناسب (مصر الكلية الوطنيه فى ٢٣ نوفبر سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٥٣ ص ٤٩) .

(٤) فنى قضية ترتب على إهمال محضر فى إعلان عريضة دعوى الشفعة أن سقط الحق فيها ، وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية أن ليس لها إلا أن تتحقق من الوقائع التى تثبت تولد الشفعة ، فلا يجوز لها أن تفصل بنفسها فى حقوق الأخصام فى دعوى الشفعة كما كان يفصل فيها لو قدم موضوع الدعوى إلى المحكمة ، وإنما عليها أن تحكم بتعويض إذا ترجح لديها احتمال نجاح الشفيعة فى دعواها (استئناف وطنى فى ٧ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٣٤ ص ٢٦٦).

الفرصة فى الترقية إلى درجة أعلى[1] .

---

(١) وقد أصدرت محكمة النقض فى هذه المسألة أحكاماً متعاقبة صريحة فى هـذا المعنى . فقضت بأنه إذا أدخل الحكم ضمن التعويض المحكوم به ما فات على الموظف من فرصة الترقى بسبب إحالته إلى المعاش قبل الأوان فلا خطأ فى ذلك ، فإن القول بأن الترقى من الإطلاقات التى تملكها الجهات الرئيسية للموظف وليس حقاً مكتسباً محله بالبداهة أن يكون الموظف باقياً يعمل فى الخدمة . أما إذا كانت الوزارة هى التى أحالت الموظف إلى المعاش بدعوى بلوغه السن بناء على قرار باطل ، فلامناص من إدخال تفويت الترقية على الموظف ضمن عناصر الضرر التى نشأت عن الإخلال بحقه فى البقاء فى الخدمة . ذلك لأن القـانون لا يمنع من أن يحسب فى الكسب الفائت الذى هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه ما دام هذا الأمل له أسباب معقولة (نقض مدنى فى أول أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٤ ص ١٠٧). وقضت فى حكم ثان بأنه إذا كان الحكم قد وقف فى جبر الضرر الناشىء عن خطأ عند حد القضاء للموظف على الحكومة بالفرق بين معاشه وصافى راتبه ، ولم يعوضه عما فاته من فرصة الترقى إلى رتبة اللواء التى خلت، مستنداً فى ذلك إلى أن الترقية ليست حقاً للموظف ولو تحققت فيه شرائط الأقدمية والجدارة ، بل هى حق الحكومة تتصرف فيه كما تشاء بلا رقيب ولا حسيب ، فإنه يكون قد أخطأ ، إذ أن حرمانه من الفرصة التى سنحت له للحصول على الترقية هى عنصر من عناصر الضرر يتعين النظر فيه . ولقد كان يصح ما قاله الحكم لو أن ذلك الضـابط كان قد بقى فى الخدمة ولم ترقه الوزارة فعلا ، حيث يصح القول بأن الترقى هو من الإطلاقات التى تملكها الوزارة وتستقل بها بلا معقب . أما والوزارة قد أحالته على المعاش قبل بلوغه السن بناء على قرار باطل اتخذته فى تقدير سنه ، مخالفة فى ذلك قراراً آخر صحيحاً ملزماً لا تملك نقضه ، فإن هذا القول لا يسوغ جعل تصرفها الخاطىء فوق رقابة قضاء التضمين (نقض مدنى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١٢٠ ص ٢٧٥) . وقضت فى حكم ثالث بأن القـانون لا يمنع من أن يدخل فى عناصر التعويض ما كان لطالبه من رجحان كسب فوته عليه العمل الضـار غير المشروع . فإذا كان الحكم لم يعتد بهذا العنصر فيما قضى به من تعويض لموظف أحيل إلى المعاش دون مسوغ ، ولم يورد لذلك أسباباً من شأنها أن تفيد أن ترقية طالب التعويض كانت غير محتملة لو أنه استمر فى الخدمة حتى بلوغه سن التقـاعد ، فإنه يكون متعيناً نقضه فى هذا الخصوص (نقض مـدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩) .

انظر أيضاً فى هذه المسألة : نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٠ ص ٢٦٢ — وفى ٢ يونية سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٦ ص ٣٩٠ .

[وقضت محكمة النقض بأن القانون لا يمنع من أن يحسب فى الكسب الفائت الذى هو عنصر من عناصر التعويض ما كان المضرور يأمل الحصول عليه ما دام لهذا الأمل أسباب معقولة ومن ثم فان تفويت الفرصة على الموظف فى الترقية إلى درجة أعلى من درجته بسبب إحالته إلى المعاش بغير حق وهو فى درجته ، عنصر من عناصر الضرر ، التى يجب النظر فى تعويض الموظف عنها ، أما القول بأن الضرر الذى يصور فى هذه الحالة مرده مجرد أمل لا يرقى إلى مرتبة الحق المؤكد إذ لا يتعلق للموظف حق إلا بتفويت ترقية مؤكدة فردود بأنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملا أو مجرد أمل فإن تفويتها أمر محقق : نقض مدنى فى ١٣ نوفبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٦٨٤ رقم ٨٨] .

المطلب الثانى

الضرر الأدبى(*)

٥٧٧ — *تحديد الضرر الأدبى* : الضرر الأدبى (dommage moral) هو الضرر الذى لا يصيب الشخص فى ماله . وقد رأينا أن الضرر الذى يصيب الشخص فى حق أو فى مصلحة مالية هو ضرر مادى . وعلى النقيض من ذلك الضرر الأدبى . فهو لا يمس المال ولكن يصيب مصلحة غير مالية . ويمكن إرجاع الضرر الأدبى إلى أحوال معينة :

١ — ضرر أدبى يصيب الجسم . فالجروح والتلف الذى يصيب الجسم والألم الذى ينجم عن ذلك وما قد يعقب من تشويه فى الوجه أو فى الأعضاء أو فى الجسم بوجه عام ، كل هذا يكون ضرراً مادياً وأدبياً إذا نتج عنه إنفاق المال فى العلاج أو نقص فى القدرة على الكسب المادى ، ويكون ضرراً أدبياً فحسب إذا لم ينتج عنه ذلك .

٢ — ضرر أدبى يصيب الشرف والاعتبار والعرض . فالقذف والسب وهتك العرض وإيذاء السمعة بالتقولات والتخرصات والاعتداء على الكرامة ، كل هذه أعمال تحدث ضرراً أدبياً إذ هى تضر بسمعة المصاب وتؤذى شرفه واعتباره بين الناس[١] .

(*) بعض المراجع : ريبير فى القاعدة الأدبية فقرة ١٨١ — دورفيل (Dorville) رسالة من باريس سنة ١٩٠١ — أشار (Achard) رسالة من جنيف سنة ١٩٠٨ — جاند (Gand) رسالة من باريس سنة ١٩٢٤ — ديبوا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ — جيفور (Givord) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ — دلماس (Delmas) رسالة من تولوز سنة ١٩٣٩ . — لالو فقرة ١٤٩ وما بعدها — سافاتييه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها — ديموج ٤ فقرة ٤٠٢ وما بعدها — مازو ١ فقرة ٢٩٢ وما بعدها — الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٠ — مصطفى مرعى فقرة ١٢٤ — الدكتور أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٤٦٤ — فقرة ٤٦٩ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٢٥ .

[وانظر أيضاً فى الضرر الأدبى : دى باج جـ ٢ بند ٩٥١ مكرر ص ٨٩٦ (وما بعد ذلك) — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٨١ ص ٣٦٠ وما بعد — بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٦٠١ ص ٢١٩ وبند ١٦٠٨ ص ٢٢٦ — ومقال ريبير بعنوان « ثمن الألم » فى دالوز ١٩٤٨ قسم المقالات ص(١) — وفى الفقه المصرى : العميد أنور سلطان طبعة ١٩٦٢ (المصادر) ص ٥٢٥ بند ٤٥٤ والدكتور الصده ص ٤٩٣ بند ٤٥٣ والدكتور إسماعيل غانم (أحكام الالتزام ١٩٥٦) ص ٩٢ بند ٥٤] .

(١) ومما يؤذى السمعة أن يذاع عن شخص أنه مصاب بمرض خطير . وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن الأمراض فى ذاتها من العورات التى يجب سترها حتى لو كانت صحيحة ، فإذاعتها فى محافل عامة =

٣ — ضرر أدبي يصيب العاطفة والشعور والحنان . فانتزاع الطفل من حضن أمه وخطفه ، والاعتداء على الأولاد أو الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة ، كل هذه أعمال تصيب المضرور فى عاطفته وشعوره ، وتدخل إلى قلبه الغم والأسى والحزن(١) . ويلحق بهذه الأعمال كل عمل يصيب الشخص فى معتقداته الدينية وشعوره الأدبي(٢) .

٤ — ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتـداء على حق ثابت له . فإذا دخل شخص أرضاً مملوكة لآخر بالرغم من معارضة المالك ، جاز لهذا أن يطالب بتعويض عما أصابه من الضرر الأدبي من جراء الاعتداء على حقه ، حتى لو لم يصبه ضرر مادى من هذا الاعتداء .

ويجب فى جميع هذه الأحوال أن يكون الضرر الأدبي ، كالضرر المادى ، ضرراً محققاً غير احتمالى .

٥٧٨ — *الضرر الأدبي قابل للتعويض* : والضرر الأدبي على النحو الذى قدمناه قابل للتعويض بالمال . وقد كان القانون الرومانى يقر أحوالاً كثيرة يعوض فيها عن الضرر الأدبي فى كل من المسئوليتين التقصيرية والعقدية .

وتلاه القانون الفرنسى القديم ، فأجاز التعويض عن الضرر الأدبي ، وقصر ذلك على المسئولية التقصيرية دون المسئولية العقدية ، توهما أن هذا هو حكم القانون الرومانى.

= وعلى جهرة المستمعين يسىء إلى المرضى إذا ذكرت أسماؤهم ، وبالأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع العراقيل فى طريق حياتهن ويعكر صفو آمالهن ، وهذا خطأ يستوجب التعويض (١٤ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) .

(١) [تعويض الوالد عن فقد ابنه لا يعتبر تعويضاً عن ضرر محتمل الحصول فى المستقبل إذ مثل هذا التعويض إنما يحكم به عن فقد الولد وما يسببه هذا الحادث من اللوعة للوالد فى أى حال : نقض جنائى فى ١٩٦١/١١/٧ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١٢ رقم ١٨٠ ص ٨٩٩] .

(٢) والإخلال بإقامة الشعائر الدينية يعتبر ضرراً أدبياً . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تعهد مقاول لوزارة الأوقاف بإصلاح دورة مياه مسجد تابع لها وتأخر فى ذلك ، ثم لم يقم إلا ببعضه ، يعتبر الضرر متوفراً لأن الوزارة مسئولة عن إقامة الشعائر ، والتأمين الذى أخذته من المتعهد يصبح حقاً مكتسباً لها كما شرط فى التعهد (٣٠ نوفبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٥٨ ص ٥٧٥) .

وقد قدمنا أن هذا القانون لا يفرق بين المسئوليتين فى وجوب التعويض عن الضرر الأدبى .

ونصوص التقنين الفرنسى الحديث فى عمومها وإطلاقها تسمح بالتعويض عن الضرر الأدبى بقدر ما تسمح بالتعويض عن الضرر المادى .

وقد أقر القضاء الفرنسى هذا المبدأ منذ عهد طويل ، ووطده فى أحكام كثيرة[1] . أما الفقه الفرنسى فقد انقسم بادئ الأمر إلى فريقين : الفريق الأول رأى أن التعويض عن الضرر الأدبى متعذر إذ أن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض ، وحتى إذا كان قابلاً له فإن التعويض فيه يستعصى على التقدير[2] . والفريق الآخر ميز بين ضرر أدبى يجوز تعويضه وضرر أدبى لا يجوز فيه التعويض ، واختلفوا فى وضع حد هذا التمييز . فنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبى الذى يجر إلى ضرر مادى ، ولا يعوض إلا هذا الضرر المادى وحده[3] . فهؤلاء إذن لا يجيزون تعويض الضرر الأدبى فى ذاته . ومنهم من يقصر التعويض على الضرر الأدبى الذى يترتب على جريمة جنائية[4] . وليس هناك أساس معقول لهذا التمييز . ومنهم من يجيز التعويض فى الضرر الأدبى الذى يصيب الشرف والاعتبار لأنه فى العادة يجر إلى ضرر مادى ، ولا يجيزه فى الضرر الأدبى الذى

---

(١) وقد استقر القضاء الفرنسى على هـذا المبدأ منذ حكم قديم أصدرته محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يونية سنة ١٨٣٣ (سيريه ١٨٣٣ — ١ — ٤٥٨) . وانظر أيضاً : نقض فرنسى فى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢١ داللوز ١٩٢٢ — ١ — ١٦٣ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دى باليه ١٩٣٧ — ١ — ٣٩٩ — وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٣٨ جازيت دى باليه ١٩٣٨ — ٢ — محكمة ديجون الاستئنافية فى ٢٥ يولية سنة ١٩٤٦ جازيت دى باليه ١٩٤٦ — ٢ — ٢٠٦ .

(٢) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٧١ — ماسان (Massin) رسالة من باريس سنة ١٨٩٣ — تورنييه (Tournier) رسالة من مونبلييه سنة ١٨٩٦ — سافينى فى القانون الرومانى ١ ص ٣٣٠ وما بعدها .

(٣) مينيال (Meynial) فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٨٤ — اسمان فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٣ .

(٤) أوبرى ورو الطبعة الخامسة جزء ٦ فقرة ٤٤٥ — ص ٣٤٨ .

يصيب العاطفة والشعور لأنه يتمحض ضرراً أدبياً لا يمتزج به ضرر مادى[1]. ولكن جمهور الفقهاء فى العهد الأخير يقولون بجواز التعويض عن الضرر الأدبى[2] . أما القول بأن طبيعة هذا الضرر لا تقبل التعويض وأن تقدير التعويض فيه مستعص فمبنى على لبس فى فهم معنى التعويض . إذ لا يقصد بتعويض الضرر محوه وإزالته من الوجود . وإلا فالضرر الأدبى لا يمحى ولا يزول بتعويض مادى . ولكن يقصد بالتعويض أن يستحدث المضرور لنفسه بديلاً عما أصابه من الضرر الأدبى . فالخسارة لا تزول ، ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها . وعلى هذا المعنى يمكن تعويض الضرر الأدبى . فمن أصيب فى شرفه واعتباره جاز أن يعوض عن ذلك بما يرد اعتباره بين الناس ، وإن مجرد الحكم على المسئول بتعويض ضئيل ونشر هذا الحكم لكفيل برد اعتبار المضرور[3] . ومن أصيب فى عاطفته وشعوره إذا حصل على تعويض مالى فتح له المال أبواب المواساة تكفكف من شجنه . والألم الذى يصيب الجسم يسكن من أوجاعه مال يناله المضرور يرفه به عن نفسه . أما تقدير مبلغ التعويض فليس بأشد مشقة من تقدير التعويض فى بعض أنواع الضرر المادى . وما على القاضى إلا أن يقدر مبلغاً يكفى عوضاً عن الضرر الأدبى ، دون غلو فى التقدير ولا إسراف .

---

(١) مانجان (Mangin) ١ فقرة ١٢٣ — لابورد (Laborde) فى المجلة الانتقادية سنة ١٨٩٤ ص ٢٦ .

(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٢٩٨ — بلانيول وريبير ٢ فقرة ١٠١٢ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٤٦ — جوسران ٢ فقرة ٤٤١ وما بعدها — سوردا ١ فقرة ٣٣ — ديموج ٤ فقرة ٤٠٢ — لالو فقرة ١٤٩ وما بعدها — سافاتييه ٢ فقرة ٥٢٥ وما بعدها — جاردينا وريتشى فقرة ٩٥ وما بعدها — مازو ١ فقرة ٣٠٤ وما بعدها .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نشر منطوق الحكم فى الصحف يكون تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبى الناجم عن « بروتستو » كيدى (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٢) . وكذلك الحكم بالمصروفات (استئناف مختلط فى ١٢ يونية سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣٥١) — أو تصحيح الواقعة المكذوبة (استئناف مختلط فى أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٤٤) . ويخفف التعويض إهمال المضرور فى نشر تكذيب للخبر المنسوب إليه وكان هذا من حقه (استئناف مختلط فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٣) .

وفى مصر استقر الفقه[1] والقضاء[2] على جواز التعويض عن الضرر الأدبى . ثم أتى التقنين المدنى الجديد فأكد هذا الحكم ، إذ نص فى المادة ٢٢٢ على ما يأتى :

« ١ — يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء » .

---

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٠ — مصطفى مرعى فقرة ١٢٤ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت طبعة ١٩٤٥ فقرة ٤٦٧ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٢٥ .

(٢) كان القضاء الوطنى بادىء الأمر متردداً فى تعويض الضرر الأدبى ، فقضت محكمة قنا الاستئنافية بأن الشرف لا يقوم بمال (١١ ديسمبر سنة ١٩٠٠ الحقوق ١٦ ص ١١) ، وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يستحق تعويضاً أدبياً إلا من اختل نظام معيشته بسبب موت المضرور (٤ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ٢٤٧) ، ولكنه مالبث أن استقر على جواز التعويض عن الضرر الأدبى : نقض جنائى فى ٧ يناير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ١٦٥ — وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧٥ ص ١٥٦ — وفى ٤ مايو سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٥٦ — وفى ٧ نوفبر سنة ١٩٣٣ الجريدة القضائية عدد ١٥١ ص ٦ — استئناف وطنى فى ٤ يوليه سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٧١ (مبلغ زهيد كتعويض رمزى : أنظر فى هذا المعنى أيضاً مصر الكلية الوطنية فى ١٤ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ١١٧ ص ٢٠٢) — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ ص ٨٩ (تستحق الزوجة تعويضاً عن الضرر الأدبى لهجر زوجها لها وهذا غير النفقة) . وفى ١٧ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١١١ ص ٣٠٣ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ — وفى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٣٢ ص ١٢٢ — وفى ٣١ مايو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ١٧ ص ٢٥ — وفى ٥ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٩٨ ص ٨٧٣ — وفى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤١٠ ص ٦١٥ — وفى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣١٥ ص ٦٢١ — مجلس حسبى عال فى ٢ نوفبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١٠٠ ص ١٨٧ . وميل القضاء الوطنى ألا يجعل التعويض الأدبى سبيلا للاثراء أو للاستغلال .

وكذلك استقر القضاء المختلط على جواز التعويض عن الضرر الأدبى ، على ألا يكون هناك مغالاة فى تقدير التعويض وألا يكون التعويض وسيلة للاستغلال : استئناف مختلط فى ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ — وفى ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨ — وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ — وفى ٢٨ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٦ — وفى ١٢ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٩ — وفى ١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ — وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٨ رقم ٢٤٩ ص ٣١٨ — وفى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٨٩ — وفى ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٢ — وفى ١٧ نوفبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢١ — وفى ١٥ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١ . ولا يجوز أن يكون التعويض عن الضرر الأدبى بمثابة عقوبة (استئناف مختلط فى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٣٢) .

« — ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب »[1] .

وعلى هذا المبدأ استقرت التقنينات الحديثة[2] .

٥٧٩ — *من له حق التعويض عن الضرر الأدبي* : كل من أصيب بضرر أدبي له الحق في المطالبة بالتعويض عنه . وقد حددنا فيما تقدم ما هو المقصود بالضرر الأدبي .

فإذا كان الضرر الأدبي هو موت شخص ، وجب التمييز بين الضرر الذي أصاب الميت نفسه ، ويراد أن ينتقل حق التعويض عنه بموته إلى ورثته ، والضرر الذي أصاب أقارب الميت وذويه في عواطفهم وشعورهم الشخصي من جراء موته[3] .

أما الضرر الذي أصاب الميت نفسه ، فلا ينتقل حق التعويض عنه إلى ورثته . ذلك أن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل بالميراث — كما سنرى — إلا إذا تحدد بمقتضى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٠٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة ٢٣٨ » . وفي لجنة المراجعة نقل حكم المادة ٢٣٨ إلى هذا المكان وأصبح النص في المشروع النهائي على الوجه الآتي : « ١ — يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً ، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طولب به أمام القضاء . ٢ — ويجوز بوجه خاص أن يحكم القاضي للأقارب والأزواج والأصهار بالتعويض عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » . وأصبح رقم المادة ٢٢٩ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص — وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبدلت اللجنة عبارة « أو طالب الدائن به أمام القضاء » بعبارة « أو طولب به » الواردة في الفقرة الأولى . ورؤى تقييد الأقارب الذين يحكم لهم بالتعويض عن الضرر الأدبي وقصره على الأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . وكان النص المعروض لا يمنع القاضي من أن يحكم بالتعويض لغير الأقارب والأصهار والأزواج وفي هذا توسع لا تحمد عقباه ، فضلا عن مخالفته الكبيرة لما استقرت عليه الأحكام . وأصبح رقم المادة ٢٢٢ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٦ — ص ٥٦٨) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ٢٢٣ (مطابق) — الليبي م ٢٢٥ (مطابق) . العراقي م ٢٠٥ (موافق) — اللبناني م ١٣٤/٢ و ٣ وم ٢٦٣ (موافق) .

(٢) أنظر المادة ٤٧ من قانون الالتزامات السويسري والمادة ١٣٢٧ من القانون النمساوي والمادة ٨٥ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٣٤ من القانون اللبناني والمادة ١٦٦ من القانون البولوني .

(٣) انظر في هذا التمييز : استئناف مختلط في ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٣٤ .

اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء . وفى حالتنـا لا يتصور شيء من ذلك ، إذ الضرر الأدبى هو موت الشخص نفسه ، فلا يمكن أن يكون التعويض عن هذا الموت قد تحدد بمقتضى اتفاق مع الميت أو طالب به هذا أمام القضاء .

بقى الضرر الذى يصيب الميت بطريق مباشر . وهنا عرض النص إلى تحديد مَن من هؤلاء يجوز الحكم له بالتعويض . فذكر أنه لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية . ويتبين من ذلك أن الحق فى المطالبة بالتعويض يقتصر على الزوج الحى وأقارب الميت إلى الدرجة الثانية وهم أبوه وأمه وجده وجدته لأبيه أو لأمه وأولاده وأولاد أولاده وإخوته وأخواته . ولا يعطى القاضى تعويضاً لهؤلاء جميعاً إذا وجدوا ، بل يعطى التعويض لمن أصابه منهم ألم حقيقى بموت المصاب . والمقصود هنا التعويض عن الضرر الأدبى لا عن الضرر المادى ، فهذا الضرر الأخير العبرة فيه بمن له حق النفقة على الميت ومن كان الميت يعوله فعلا كما قدمنا . فإذا كانت الأقارب لا تدخل فيمن تقدم ذكرهم ، لم يجز الحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى مهما كانت دعواهم فيما أصابهم من ألم بموت المصاب . فلا يحكم بتعويض عن الضرر الأدبى لأولاد الإخوة والأخوات ، ولا للأعمام والأخوال والعمات والخالات ، ولا لأولادهم من باب أولى ، ولا للخطيب والخطيبة ، ولا للأصدقاء مهما كان الميت قريباً إلى نفوسهم[1] .

---

(١) وكان القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم يجعل حلقة الأقارب أضيق . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من عدا الأب والأم ، كالإخوة والأخوات ، لا يجوز أن يحكم لهم بتعويض عن الضرر الأدبى (٢٥ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١١٧) ، وحتى الأب الذى يهجر ابنه ولا يفكر فيه إلا عند موته للمطالبة بتعويض عن الضرر الأدبى ، لا يحق له هذا الطلب (استئناف مختلط فى أول يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٤٩) . أنظر أيضاً فى هذه المسألة : استئناف مختلط فى ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٥ — وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٤١ — وفى ٢١ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٥ — وفى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٨٠ — وفى ٣١ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٠٢ — وفى ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٠ (الابن الصغير دون الزوج أو الأب) — وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٩٩ — وفى ٥ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٩ (لا تعويض للاخوة لأم) وفى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ — محكمة مصر الكلية المختلطة فى ٢٧ يناير سنة ١٩١٩ جازيت ٩ رقم ٧٤ ص ١١١ (الأصول والفروع دون الحواشى) . =

وظاهر أن خطة القانون الجديد فى الضرر الأدبى غير خطته فى الإكراه والدفاع الشرعى وحالة الضرورة ، حيث حصر الأقارب هنا ولم يحصرهم هناك . ويبرر ذلك الميل إلى حصر نطاق الادعاء بوقوع ضرر أدبى ، والحد من المغالاة فى ذلك منعاً للاستغلال .

أما إذا كان المصاب لم يمت . فتعويض ذويه عن الضرر الأدبى الذى لحقهم بإصابته يجب الأخذ فيه بحذر أكبر ، وإن كان النص لم يعرض إلا لحالة الموت وترك ما دون ذلك لتقدير القاضى . ومن الصعب أن نتصور تعويضاً يعطى عن الضرر الأدبى فى هذه الحالة لغير الأم والأب .

٥٨٠ — *متى يمكن انتقال الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى* : الأصل فى التعويض عن الضرر الأدبى أنه شخصى مقصور على المضرور نفسه فلا ينتقل إلى غيره بالميراث أو بالعقد أو بغير ذلك من أسباب الانتقال إلا إذا أصبحت مطالبة المضرور به محققة . وقد عرضت المادة ٢٢٢ التى تقدم ذكرها لتحديد ذلك ، فذكرت أن انتقال حق التعويض لا يتم إلا بإحدى طريقتين : (الأولى) أن يكون التعويض قد اتفق على مبدئه وعلى مقداره ما بين المضرور والمسئول ، فتحدد التعويض على هذا الوجه بمقتضى اتفاق بين الاثنين . (والثانية) أن يكون قد استعصى الاتفاق فلجأ المضرور إلى القضاء وطالب المسئول بالتعويض ، أى أنه رفع الدعوى فعلا أمام المحاكم .

أما قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية فلا ينتقل الحق فى التعويض إلى أحد[1] . فإذا مات

= وكان المشروع النهائى تتسع فيه حلقة الأقارب والأصهار ، فضيقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ الحلقة على النحو الذى رأيناه ، واستندت فى ذلك إلى ما استقر عليه القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى القديم (أنظر آنفاً فقرة ٥٧٨ — ومجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٨) .

(١) [إن التعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيب المجنى عليه نتيجة الاعتداء الذى يقع عليه لا ينتقل منه إلى الغير طبقاً للمادة /٢٢٢ من القانون المدنى إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء : نقض جنائى فى ١٩٥٨/١/٢٠ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة /٩ رقم ١١ ص ٥١ .

كما قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأنه لا يمكن القول بأن المجنى عليه قد لحقه ضرر مادى =

المضرور قبل ذلك فلا ينتقل التعويض إلى ورثته ، بل يزول الحق بموته[1] .

وكان القضاء المصرى فى عهد القانون القديم يجرى على مقتضى هذا الحكم[2] . بل إنه تشدد فى آخر ذلك العهد وأصبح لا يكتفى ، إذا لم يوجد اتفاق ، بالمطالبة القضائية لانتقال حق التعويض ، بل يشترط صدور حكم نهائى يقرر مبدأ التعويض ويعين مقداره[3] .

= يورث عنه إلا إذا كان قد أصابه هو نفسه ضرر فى حق أو مصلحة يمكن أن يترتب عليه تعويض يدخل فى ذمته ويتلقاه عنه ورثته كأن يكون قد انفق مالا فى العلاج ، أما إذا كان الضرر الذى جعله المدعى بالحق المدنى أساساً لدعواه قد نشأ مباشرة عن موت المجنى عليه فإن هذا الضرر الأدبى لا يمكن أن ينتقل إلى الورثة لعدم قيام الشرط المنصوص عليه فى المادة ٢٢٢ من القانون المدنى : نقض جنائى فى ١٩٥٦/٣/٣ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة /٧ رقم ٩٩ ص ٣٣٠] .

(١) وقد تشدد التقنين المدنى الجديد فى التعويض عن الضرر الأدبى من ناحيتين : ناحية من له الحق فى المطالبة به وناحيه تقييد انتقاله إلى الغير .

(٢) كان القضاء المصرى يشترط لانتقال حق التعويض عن الضرر الأدبى إلى الورثة أن يكون المورث قد رفع الدعوى (استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ٢٠٤ ص ٤٨٦ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣٧ — وفى ١٣ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٧٩) . واكتفى حكم فى انتقال التعويض إلى الورثه بأن يكون المجنى عليه قدم شكواه بأن ألقى أقواله أمام المحقق (بنى سويف فى ٢ مارس سنه ١٩٢٢ المحاماه ٢ رقم ١/١١٥ ص ٢٦٢) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الورثة لا ينتقل إليهم حق مورثهم فى التعويض عن الضرر الأدبى إلا إذا تحدد هذا التعويض قبل موت المورث إما باتفاق مقدم أو بحكم نهائى ، فإذا مات المورث فى أثناء نظر القضية أمام محكمة الاستئناف لم ينتقل حق التعويض إلى الورثة (استئناف مختلط فى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢٠ — وانظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٥ يونية ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٦٧) .

وإذا اعتبرنا أن القضاء المصرى قد استقر فى عهده الأخير على النحو الذى قدمناه ، فإن القانون الجديد يكون قد استحدث حكماً يقضى بجواز انتقال الحق فى التعويض إلى الورثة بمجرد رفع الدعوى فى حياة المورث دون حاجة إلى صدور حكم نهائى . فإذا وقع الضرر الأدبى قبل نفاذ القانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، ورفعت الدعوى بعد نفاذه ، ثم مات المورث قبل صدور حكم نهائى ، فإن حق التعويض ينتقل إلى الورثة بفضل الأثر الفورى للقانون (effet immédiat) .. وكذلك الحكم إذا رفعت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ومات المورث بعد نفاذه وقبل صدور حكم نهائى . أما إذا رفعت الدعوى قبل نفاذ القانون الجديد ومات المورث قبل نفاذ هذا القانون أيضاً وقبل صدور حكم نهائى ، فإن حق التعويض لا ينتقل إلى الورثة ، لأن القانون القديم وفقاً لما فسره به القضاء ، هو الذى يسرى فى هذه الحالة .

المبحث الثالث

علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر (*)

(Le lien de causalité)

٥٨١ — السببية ركن مستقل : علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر معناها أن توجد علاقة مباشرة ما بين الخطأ الذى ارتكبه المسئول والضرر الذى أصاب المضرور . والسببية هى الركن الثالث من أركان المسئولية[1] . وهى ركن مستقل عن ركن الخطأ . وآية ذلك أنها قد توجد ولا يوجد الخطأ . كما إذا أحدث شخص ضرراً بفعل صدر منه لا يعتبر خطأ وتتحقق مسئوليته على أساس تحمل التبعة ، فالسببية هنا موجودة والخطأ غير موجود . وقد يوجد الخطأ ولا توجد السببية . ويسوق أحد الفقهاء[2] لذلك مثلا : يدس شخص لآخر سماً ، وقبل أن يسرى السم فى جسم المسموم يأتى شخص ثالث فيقتله بمسدس . فهنا خطأ هو دس السم ، وضرر هو موت المصاب ، ولكن لاسببية بينهما إذ الموت

(*) بعض المراجع : مارتو (Marteau) رسالة من إكس سنة ١٩١٤ — ديموج ٤ فقرة ٣٦٥ وما بعدها — لالو فقرة ٢٤٦ وما بعدها — سافاتييه ٢ فقرة ٤٥٦ وما بعدها — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٣٨٠ وفقرة ٥٣٨ وما بعدها — وديشيزو (Deschizeaux) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٤ — الدكتور سليمان مرقس رسالة من القاهرة سنة ١٩٣٦ والفعل الضار فقرة ٤٦ وما بعدها — هنرى وليون مازو ٢ فقرة ١٤١٧ وما بعدها — إسمان : مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٤ ص٣١٦ ومابعدها — مارتى (Marty)، مقال فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ ومابعدها — الموجز للمؤلف فقرة ٣٣٣ ومابعدها — مصطفى مرعى فقرة ١٣٢ ومابعدها — الدكتور أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٤٧٥ وما بعدها .

(١) [قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد أوضح أركان المسئولية الموجبة للتعويض من خطأ هو إخلال الطاعنين بالتعاقد ومنافستهما المطعون عليه منافسة غير مشروعة ومن ضرر محقق نتيجة لأن التسمية التى اتخذها الطاعنان لشركتهما توجد لبساً فى تحديد مصدر منتجات كل من الشركتين لدى المستهلكين ومن وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر فلا محل للنعى عليه بالقصور : راجع نقض مدنى فى ١٢/١١/١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ ص ٦٥١ رقم ٩٨] .

(٢) مارتو (Marteau) فى رسالته « السببية فى المسئولية المدنية » إكس سنة ١٩١٤ ص ١٧ .

سببه إطلاق المسدس لا دس السم . فوجد الخطأ ولم توجد السببية . ونورد مثلين آخرين يوجد فيهما الخطأ ولا توجد السببية : بعد أن يتم البيع يكشف المشترى عما عسى أن يثقل العقار الذى اشتراه من رهون . فيبين من الكشف أن العقار غير مرهون . ثم يتضح أن هذا الكشف غير صحيح وأن العقار مثقل برهن . وينزع الدائن المرتهن ملكية العقار . فهنا خطأ وهو الكشف غير الصحيح . وضرر وهو نزع ملكية العقار . ولكن السببية غير موجودة فإن الكشف غير الصحيح لم يظهر إلا بعد تمام البيع فلم يكن هو السبب فى وقوع الضرر . — شخص يقود سيارة دون رخصة ، ثم يصيب أحد المارة وتكون الإصابة بخطأ يقع من هذا المصاب . فهنا خطأ وهو قيادة السيارة دون رخصة . وضرر وهو إصابة أحد المارة . ولكن الخطأ ليس هو السبب فى الضرر بل هناك سبب أجنبى هو خطأ المصاب ، فوجد الخطأ دون أن توجد السببية .

٥٨٢ — انفصال السببية بالضرر : وفى الأمثلة الثلاثة المتقدمة يمكن القول إن السببية قد انفصلت عن الخطأ كما رأينا . ولكن يراعى ما يأتى :

أولا — الضرر فى هذه الأمثلة له سبب آخر غير الخطأ الأول . فالموت فى المثل الأول سببه إطلاق المسدس لا دس السم ، ونزع ملكية العقار فى المثل الثانى سببه الرهن لا الكشف غير الصحيح . وإصابة المار فى المثل الثالث السبب فيه خطأه هو لا انعدام الرخصة . فالسببية إذا هى انفصلت عن الخطأ ، فإنها تتصل بالضرر .

ثانياً — إذا كان الخطأ الأول الذى انعزل عن الضرر لا يحقق أية مسئولية ، فذلك لا لأن السببية منعدمة فحسب ، بل أيضاً لأن هذا الخطأ لم ينجم عنه أى ضرر . فحيث تنعدم السببية ينعدم فى الوقت ذاته الضرر . ومن هذا الوجه يكون الضرر والسببية متلازمين .

ثالثاً — إذا قام السبب الأجنبى فإنه لا يعدم علاقة السببية وحدها . بل هو أيضاً ينهى الالتزام القانونى الذى يقضى بعدم الإضرار بالغير والذى يعد الإخلال به هو الخطأ . ذلك أن الوفاء بهذا الالتزام قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبى (م ٣٧٣) . فالسبب الأجنبى

إذن لا يعدم علاقة السببية وحدها بل يعدم معها الخطأ[١] .

٥٨٣ — استقلال السببية عن الخطأ لا يظهر بوضوح إلا حيث يكون الخطأ مفترضاً : وإذا كانت السببية مستقلة عن الخطأ ، إلا أن هذا الاستقلال لا يظهر فى جلاء عندما يكون الخطأ واجب الإثبات . ذلك أن المضرور عندما يكلف بإثبات الخطأ ، يلجأ فى العادة إلى إثبات خطأ يكون هو السبب فى إحداث الضرر . ومن ثم فإثبات الخطأ يكون فى الغالب إثباتاً لعلاقة السببية . فتستتر السببية وراء الخطأ ولا يتبين فى وضوح أنها ركن مستقل . وإنما يتضح استقلالها فى الأحوال التى تقوم فيها المسئولية على خطأ مفترض أو خطأ مفروغ من إثباته ، كمسئولية الحارس عن الحيوان . ففى هذه الحالة الخطأ مفروغ منه ولا يكلف المضرور بإثباته . أما السببية فيمكن نفيها بإثبات السبب الأجنبى . ففيها إذن يتركز النضال ما بين المسئول والمصاب . ومن ثم تبرز هى ، ويدور الإثبات حولها وحدها دون الخطأ .

٥٨٤ — خطة البحث : قدمنا أن الخطأ يجب أن يكون هو السبب فى الضرر . فإذا رجع الضرر إلى سبب أجنبى انعدمت السببية . وتنعدم السببية أيضاً حتى لو كان الخطأ هو السبب ولكنه لم يكن السبب المنتج ، أو كان السبب المنتج ولكنه لم يكن السبب المباشر .

فنبحث إذن أمرين :

(١) انعدام السببية لقيام السبب الأجنبى .

(٢) ثم انعدامها لأن السبب غير منتج أو غير مباشر .

---

(١) ومن هنا يصح التساؤل عن الفائدة العملية لقيام السببية ركناً مستقلا عن الضرر وعن الخطأ . وقد رأينا فى مثل أنها حيث تنعدم ينعدم معها الضرر ، وفى مثل آخر أنها حيث تنعدم ينعدم معها الخطأ . فلا تنتفى المسئولية إذن لانعدام السببية وحدها ، بل تارة لانعدامها مع الضرر ، وطوراً لانعدامها مع الخطأ . وكان يكفى أن يقال إن الضرر أو الخطأ قد انعدم ، ومن ثم انتفت المسئولية . ولا تبدو السببية ركناً متميزاً إلا حين الكلام فى السبب المنتج والسبب المباشر .

المطلب الأول

انعدام السببية لقيام السبب الأجنبى

٥٨٥ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٦٥ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير . كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٢ من المشروع التمهيدى مع بعض خلاف فى اللفظ . وأقرته لجنة المراجعة بعد تغيير كلمة «المصاب» بكلمة «المضرور» ، وأصبح رقم المادة ١٦٩ فى المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول النص. وكان من رأى أحد الأعضاء أن يكون المبدأ فى المسئولية التقصيرية هو افتراض الخطأ ، وتحمل التبعة ، فلا يستطيع المسئول أن يتخلص من المسئولية إلا إذا نفى علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبى . فرد عليه بأنه لا توجد شريعة اتخذت كأساس للمسئولية مبدأ تحمل تبعة الخطأ والخطأ المفروض فقط ، وإنما يجب إثبات الخطأ لقيام المسئولية كمبدأ عام ، ثم ترد استثناءات على هذا المبدأ يؤخذ فيها بالخطأ المفروض . وانتهت اللجنة إلى إقرار النص تحت رقم المادة ١٦٥ . ووافق عليه مجلس الشيوخ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٦١ — ص ٣٦٩) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص والنصوص التالية ما يأتى : « تستظهر المواد من ٢٣٢ إلى ٢٣٥ سلسلة متصلة الحلقات من الأحكام ، تتناول تعيين أحوال ارتفاع المسئولية والتخفيف منها . وقد درج الفقه على التفريق بين أحوال ارتفاع المسئولية لانعدام رابطة السببية كما هو الشأن فى السبب الأجنبى ، وأحوال ارتفاعها بسبب انتفاء الخطأ كما يقع ذلك فى حالة الدفاع الشرعى وحالة صدور أمر من رئيس وحالة الضرورة . ومهما يكن من شأن هذه التفرقة فمن الأنسب من الناحية العملية أن تحشد هذه الأحوال المختلفة فى صعيد واحد باعتبار أن فكرة انتفاء المسئولية تنتظمها جميعاً . ويقع عبء إثبات الخطأ على المضرور . وتكون القرائن القضائية عادة سبيله إلى التماس الدليل . بل إنه يسوغ لمن أحدث الضرر أن يثبت وجود السبب الأجنبى وينفى بذلك مسئوليته باستبعاد كل قرينة عليها . وللمحدثين من الفقهاء تحليل أدق فى هذا الشأن . فمن رأيهم أن المضرور إذا أقام الدليل على المسئولية بإثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما ، فلمن أحدث الضرر عندئذ أن يسقط الدليل على علاقة السببية هذه بإثبات السبب الأجنبى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٧ — ص ٣٧٨) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٦ (مطابق) — الليبى م ١٦٨ (مطابق) — العراق م ٢١١ (مطابق) — اللبنانى لا مقابل .

فالسبب الأجنبي الذى يعدم رابطة السببية هو كما يقول النص : (١) القوة القاهرة أو الحادث المفاجىء (force majeure ou cas fortuit) (٢) خطأ المضرور (faute de la victime) (٣) خطأ الغير (faute d'un tiers) [1] .

ونستعرض كلا من هذه الأسباب الثلاثة [2] .

§ ١ — القوة القاهرة أو الحادث الفجائى

٥٨٦ — القوة القاهرة والحادث الفجائى شىء واحد : قال بعض الفقهاء إنهما شيئان مختلفان . ولكن هؤلاء لا يتفقون على فيصل التفرقة فيما بينهما .

فمنهم من يقول إن القوة القاهرة هى الحادث الذى يستحيل دفعه . أما الحادث الفجائى فهو الحادث الذى لا يمكن توقعه . فتتوزع بينهما الخصيصتان اللتان سنفصلهما فيما يلى. وهما استحالة الدفع وعدم إمكان التوقع . ويكفى فى نظر هؤلاء أن يكون الحادث مستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع . فلا يلزم اجتماع الخصيصتين .

ولا يجوز الأخذ بهذا الرأى ، لأن القوة القاهرة يجب أن تكون حادثاً لا مستحيل الدفع فحسب بل أيضاً غير ممكن التوقع ، ولأن الحادث الفجائى يجب أن يكون حادثاً لا غير ممكن التوقع فحسب بل أيضاً مستحيل الدفع . ولا يكفى وجود إحدى هاتين

---

(١) يكون السبب الأجنبي عادة أحد هذه الأسباب الثلاثة . ولكن هذا البيان لم يرد على سبيل الحصر كما هو واضح من النص . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويكون هذا السبب (الأجنبي) بوجه عام حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة — وليس ثمة محل للتفريق بينهما — أو خطأ وقع من المضرور أو من الغير . على أن هذا البيان غير وارد على سبيل الحصر . فقد يكون السبب الأجنبي عيباً لاصقاً بالشىء المتلف أو مرضاً خامر المضرور » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٧٨) .

(٢) وقد رأينا فى المسئولية العقدية أن علاقة السببية تنتفى أيضاً بإثبات السبب الأجنبي . وكل ما سنذكره فى شأن السبب الأجنبي ، من حادث فجائى أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، ينطبق فى كلتا المسئوليتين : المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية .

الخصيصتين لانعدام رابطة السببية[١] .

ومن الفقهاء من يسلم بوجوب اجتماع الخصيصتين . ولكن يميز فى خصيصة استحالة الدفع بين ما إذا كانت هذه الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة ، أو نسبية فيوجد الحادث الفجائى[٢] . وسنرى أن هذا التمييز لا يقوم على أساس صحيح ، إذ الاستحالة ، فى كل من القوة القاهرة والحادث الفجائى ، يجب أن تكون استحالة مطلقة .

ومن الفقهاء من يقيم التمييز على أساس آخر . فيجعل كلا من القوة القاهرة والحادث الفجائى حادثاً مستحيل الدفع غير ممكن التوقع ، ولكن القوة القاهرة تكون حادثاً خارجياً عن الشىء الذى تتحقق به المسئولية كعاصفة أو زلزال ، والحادث الفجائى حادث داخلى ينجم عن الشىء ذاته كانفجار آلة أو انكسار عجلة . ثم يجعل القوة القاهرة وحدها هى التى تمنع من تحقق المسئولية . أما الحادث الفجائى فلا يمنع من تحققها بل يتحمل المدين تبعته[٣] . وهذا الرأى لا يجوز التسليم به أيضاً إلا عند من يقولون بنظرية تحمل التبعة ، إذ يصح عند هؤلاء أن يكون الشخص مسئولا عن الحادث الفجائى دون القوة القاهرة .

ونرى من ذلك أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائى لا يقوم على أساس صحيح . لذلك تقول جمهرة الفقهاء بعدم التمييز بينهما . وعلى هذا أيضاً إجماع القضاء[٤] .

٥٨٧ — الشروط الواجب توافرها فى القوة القاهرة والحادث الفجائى : ويبقى أن

---

(١) رادوان (Radouant) (فى الحادث الفجائى والقوة القاهرة باريس سنة ١٩٢٠ ص ١٧٣ وما بعدها) ولابيه (المجلة الانتقادية سنة ١٨٧٠ ص ١١٥) يقولان إن القوة القاهرة والحادث الفجائى تعبيران يكمل أحدهما الآخر ، فالتعبير الأول يبرز خصيصة استحالة الدفع ، والتعبير الثانى يبرز خصيصة عدم إمكان التوقع ، ولكن لا بد من اجتماع الخصيصتين معاً فى الحادث حتى تنعدم السببية . ولكن هذا الرأى يجعل التمييز ما بين القوة القاهرة والحادث الفجائى معدوم الفائدة من الناحية العملية .

(٢) كولان وكابيتان الطبعة العاشرة جزء ٢ فقرة ١٢٦ .

(٣) جوسران الطبعة الثالثة جزء ٢ فقرة ٤٥١ وما بعدها .

(٤) أنظر فى هذا المعنى مازو ٢ فقرة ١٥٥٩ — فقرة ١٥٦١ ومراجع الفقه والقضاء التى يشير إليها .

نفصل الشروط التى يجب توافرها حتى يكون الحادث قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . ونص القانون يصف القوة القاهرة والحادث الفجائى بأنهما سبب أجنبى (cause étrangère) لا يد للشخص فيه (non-imputable) . ولكن هذا الوصف فى حاجة إلى التحديد . وقد رأينا فيما قدمناه أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائى يجب أن يكون حادثاً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع[1] فعدم إمكان التوقع (imprévisibilité) واستحالة الدفع (irrésistibilité) هما الشرطان الواجب توافرهما فى القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، وإذا ما توافرا كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه . أما العكس فغير صحيح . فقد يكون الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه . ومع ذلك يستطيع توقعه قبل أن يقع ، أو يستطيع دفعه بعد أن وقع .

ونستعرض الآن كلا من الشرطين ، ثم نورد بعض التطبيقات العملية .

٥٨٨ — عدم إمكان التوقع : يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائى غير ممكن التوقع . فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً . ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب ، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور . فالمعيار هنا موضوعى لا ذاتى . بل هو معيار لا يكتفى فيه بالشخص العادى ، ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً .

ولا يكون الحادث ممكن التوقع لمجرد أنه سبق وقوعه فيما مضى . فقد يقع حادث فى الماضى ، ويبقى مع ذلك غير متوقع فى المستقبل ، إذا كان من الندرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه .

وعدم إمكان التوقع ، فى المسئولية العقدية ، يكون وقت إبرام العقد . فمتى كان

---

(١) ويندرج فى شرط استحالة الدفع أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا كما سنرى .

الحادث غير ممكن التوقع وقت التعاقد ، كان هذا كافياً حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ . أما فى المسئولية التقصيرية فيكون عدم إمكان التوقع وقت وقوع الحادث ذاته[1] .

٥٨٩ — استحالة الدفع : ويجب أيضاً أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائى مستحيل الدفع . فإذا أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه ، لم يكن قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً. كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وأن تكون الاستحالة مطلقة ، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده ، بل استحالة بالنسبة إلى أى شخص يكون فى موقف المدين[2] . وهذا هو الذى يميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الحوادث الطارئة . فقد رأينا فى نظرية الحوادث الطارئة أن تنفيذ الالتزام يصبح مرهقاً لا مستحيلا .

ويستوى أن تكون استحالة التنفيذ مادية أو أن تكون معنوية . فإذا استحال على المدين معنوياً تنفيذ الالتزام ، كما لو كان مغنياً وتعهد بإحياء حفلة غنائية فمات عزيز عنده يوم الحفلة وكان لذلك فى نفسه أثر بالغ يستحيل معه أن يقبل على الغناء . كان الحادث قوة قاهرة . والقاضى هو الذى يقدر ما إذا كانت هناك استحالة معنوية . وعليه أن يحتاط فى تقدير ذلك[3]

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٠ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٩٢ — وفى ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٨١ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه لا ينفسخ الالتزام التعاقدى إلا إذا أصبح الوفاء به مستحيلا استحالة مطلقة بسبب قوة قاهرة أو حادث جبرى طارىء لا قبل للمدين بدفعه أو توقعه وأن يكون ذلك بسبب أجنبى عنه . وإذن فمتى كان المدين قد تعهد بتوريد مقدار معين من الذرة إلى إحدى الجهات الحكومية ، وكانت القرارات التى أصدرتها وزارة التموين إبان التعاقد بالاستيلاء على هذه الغلة ليست عامة بل تناولت كميات معينة منها وفى بعض الجهات دون بعضها ، فإنه لم يكن من المستحيل على المدين استحالة مطلقة تنفيذ تعهده ، سيان بعد ذلك أن يكون هذا التنفيذ قد أرهقه أم لم يرهقه ، خصوصاً إذا كان التعاقد قد تم فى ظل قيام الأحكام العرفية مما يجعل أوامر الاستيلاء متوقعة الحصول من وقت لآخر وينتفى معه القول بقيام القوة القاهرة (نقض مدنى ١٠ نوفبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٩ ص ١٤٧٣)] .

(٢) استئناف مختلط فى ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ .

(٣) مازو ٢ فقرة ١٥٧٠ .

=

٥٩٠ — تطبيقات عملية : ونورد هنا بعض تطبيقات عملية لحوادث تجمع بين الشرطين المتقدمين فيصح وصفها بأنها قوة قاهرة أو حادث فجائى .

فالحرب قد تكون قوة قاهرة بما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات اقتصادية ، ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة[1] . والذى يجب أن يستحيل توقعه ودفعه ليس هو الحرب ذاتها ، بل ما خلفته من أحداث واضطرابات . فإذا هاجم العدو بلداً ، ودخلها فاتحاً ، وطرد منها سكانها ، كان هذا الحادث قوة قاهرة تعفى المستأجر من التزاماته المترتبة على عقد الإيجار ، والوديع من التزامه بالمحافظة على الوديعة ، والمقاول من التزامات المقاولة ، وهكذا . وشرط ذلك كما قدمنا أن يكون المدين لم يتوقع هذا الغزو ولم يستطع دفعه . أما إذا كانت الظروف التى تحيط بالمدين تمكنه من اتخاذ احتياطات معقولة ولم يتخذها ، كان هذا خطأ فى جانبه يحقق مسئوليته إذا تسبب عنه ضرر . وقد تكون الحرب سبباً فى تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية ، فتكون قوة قاهرة ترفع المسئولية عن المدين فى هذه الأحوال .

وكالحرب صدور تشريع أو أمر إدارى واجب التنفيذ (fait du prince) ، أو وقوع زلزال ، أو حريق ، أو غرق ، أو هبوب عاصفة ، أو حدوث مرض طارىء ، أو إضراب غير متوقع ، أو سرقة ، أو تلف ، أو نحو ذلك من الحوادث مادام شرطا استحالة التوقع واستحالة الدفع قد توافرا[2] .

وقد تنطوى حوادث السيارات على قوة قاهرة أو حادث فجائى ، كما إذا انفجرت

= [وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعى تملكه محكمة الموضوع ، مادامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة (نقض مدنى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٥ ص ١٠٢٢)] .

(١) [نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٠٣ ص ٦٧٧] .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٥٧٨ — فقرة ١٥٨٩ .

آلة ، أو انكسرت عجلة ، أو انزلقت السيارة فى أرض زلجة ، أو اعترضتها عقبة مفاجئة ، أو بهر بصر السائق نور خاطف ، والمهم أن يتوافر شرطا استحالة التوقع واستحالة الدفع(١) .

وذعر حيوان على أثر وقوع صاعقة ، وانسعار الكلب ، كل هذا قد يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً إذا كان غير ممكن التوقع مستحيل الدفع(٢) .

٥٩١ — أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى : وإذا كانت القوة القاهرة أو الحادث الفجائى هو السبب الوحيد فى وقوع الضرر ، انعدمت علاقة السببية ، ولا تتحقق المسئولية كما قدمنا(٣) .

وقد يكون من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لا الإعفاء من تنفيذ الالتزام ، بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث ، فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث .

هذا ويجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لهما أن يتفقا على أن القوة القاهرة أو الحادث الفجائى لا يخلى

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٥٩٩ — فقرة ١٦٠٥ .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٦٠٦ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مسئولية الحكومة المصرية عن عدم إمداد أحد المحضرين بالحماية الكافية فى أثناء قيامه بمأمورية خطرة تخضع للقواعد العامة ، ومن ثم يجب إثبات خطأ فى جانب الحكومة وقيام سببية مباشرة ما بين هذا الخطأ والضرر الذى أصاب المحضر . ولا يجوز أن يكون الخطأ الذى سبب الضرر مباشرة فى هذه الحالة هو ما قيل من رفض رئيس البوليس المحلى إعطاء المحضر قوة كافية لحمايته عندما طلب ذلك ، ما دام لم يثبت أن الاعتداء على المحضر ، الذى كان مفاجئاً بقدر ما هو عنيف ، لم يكن فى هذه الظروف من المستطاع تفاديه (استئناف مختلط فى ٢٩ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٨) .

(٣) [قضت محكمة النقض بأنه يكفى أن تكون محكمة الموضوع قد أقامت حكمها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسئولية التقصيرية — على ما ثبت لها من أن الضرر الذى أصاب المضرور قد نشأ عن سبب أجنبى لم يكن للمدعى عليه يد فيه . وليس على المحكمة بعد ذلك أن تتحرى وقوع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير : نقض مدنى ١٥/٥/١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ ص ٤٤١ رقم ٥١] .

الدين من التزامه ، أو أن يتفقا على عدم إخلاء المدين من التزامه عند وقوع حادث معين كالإضراب أو الحرب[١] .

§ ٢ — خطأ المضرور

٥٩٢ — وضع المسألة : نستبعد صورة لا محل للكلام فيها لوضوح حكمها : ألا يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ويقع الضرر بفعل المضرور نفسه . فقد خرجنا هنا عن نطاق المسئولية التقصيرية ، إذ لا يوجد أمامنا مسئول . فالمضرور هو الذى ألحق بنفسه الضرر ، وكان هذا بفعله ، سواء كان هذا الفعل خطأ أو غير خطأ .

وإنما يكون الكلام فى خطأ المضرور إذا وقع من المدعى عليه خطأ ثابت أو مفروض ووقع فى الوقت ذاته خطأ من المضرور ، ويراد أن نعرف أثر خطأ المضرور فى مسئولية المدعى عليه . ويشترط فى هذه الحالة أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ وأن يكون له شأن فى إحداث الضرر .

أما أن يكون ما وقع من المضرور يعتبر خطأ ، فذلك لأن مجرد الفعل الذى يصدر من المضرور ولا يكون خطأ لا يصح أن يكون من شأنه أن يمحو أو يخفف من مسئولية المدعى عليه ، وإلا لتعذر على المضرور أن يرجع بتعويض كامل عما أصابه من الضرر . فهو إذا دهسه القطار أو السيارة قد شارك بفعله فى إحداث هذا الضرر : ألم يمش فى الطريق فدهمته السيارة ! ألم يحاول إدراك القطار فدهسه ! وقل أن يصاب شخص بضرر دون أن يكون لفعل صدر منه دخل فيه ، وإنما يصح أن يؤثر الفعل الصادر من المضرور فى مسئولية المدعى عليه إذا كان هذا الفعل خطأ . ويقاس الخطأ هنا بمعياره المعروف : انحراف المضرور فى سلوكه عن المألوف من سلوك الرجل المعتاد . وكل ما قيل هناك فى خطأ

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٦١٥ — فقرة ١٦٢١ ، وانظر فقرة ٦٥٤ فيما يلى .

المسئول يقال هنا فى خطأ المضرور(١).

وأما أن يكون خطأ المضرور له شان فى إحداث الضرر ، فذلك لأن المدعى عليه إنما يحتج به لأن له علاقة بالضرر الذى وقع ، فلو لم يكن لهذا الخطأ شأن فى إحداث الضرر لما كان للمدعى عليه أن يحتج به(٢).

فإذا تحقق أن وقع من المدعى عليه خطأ ومن المضرور خطأ آخر ، وكان لكل من الخطأين شأن فى إحداث الضرر(٣) ، وجب أن نعرف إلى أى حد يؤثر خطأ المضرور فى

(١) وإذا كان للمدعى عليه أن يحتج بخطأ المضرور على النحو الذى سنبينه كان له أيضاً أن يحتج بهذا الخطأ على ورثة المضرور . فإذا كان المضرور قد أخطأ ، وكان خطؤه سبباً فى وقوع الحادث الذى انتهى بموته ، كان للمدعى عليه أن يحتج بخطأ المضرور على ورثته كما كان يستطيع أن يحتج بهذا الخطأ على المضرور نفسه لو بقى حياً . هذا إذا كان الوارث يرفع دعوى المضرور باعتباره وارثاً . أما إذا تقدم أصيلا فى دعوى المسئولية باعتبار أنه قد أصابه ضرر مباشر من موت المصاب ، فلا يجوز للمدعى عليه فى هذه الحالة أن يحتج عليه بخطأ المصاب إلا بالقدر الذى يستطيع به الاحتجاج بخطأ الغير ، إذ أن المضرور الأصلى فى الفرض الذى نحن بصدده هو الوارث ، والمصاب يعتبر من الغير بالنسبة إليه . ولكن يلاحظ أن الوارث إذا طالب بالتعويض كاملا ، فإن المدعى عليه من حقه أن يرجع على المصاب فى تركته بقدر مسئوليته ، ويكون الوارث مسئولا عن ذلك فى حدود نصيبه فى التركة . ويلاحظ كذلك أنه يجوز الاحتجاج على الوارث بخطئه هو ، كما لو كان المصاب طفلا دهسته سيارة والوارث أبوه وقد أخطأ فى القيام بواجبه من الرعاية لطفله بتركه إياه دون رقيب .

(٢) ولا نعرض هنا لما إذا كان المضرور قد استطاع إثبات أن الضرر ليس له إلا سبب واحد هو خطأ المدعى عليه أو استطاع المدعى عليه إثبات أن فعل المضرور هو وحده سبب الضرر . ففى الحالة الأولى يكون المدعى عليه مسئولا عن تعويض الضرر تعويضاً كاملا ، ولا دخل لفعل المضرور أو لخطئه فى الضرر الذى حدث . وفى الحالة الثانية يكون فعل المضرور وحده هو السبب فيما أصابه من ضرر ، ولا دخل لخطأ المدعى عليه فى هذا الضرر فلا تتحقق مسئوليته أصلا .

(٣) ومن التطبيقات القضائية لهذا الوضع ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا لم يقف سائق الترام فى المحطة ومع ذلك تساق أحد الركاب على نحو غير مسموح به دون أن يلتفت إليه السائق وعلى غير انتظار ، فأصيب من جراء ذلك ، فإن السائق لا يكون مسئولا (استئناف مختلط فى ٢٣ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣) . أما إذا نزل الراكب عند تهدئة السائق للسير وهو يقترب من محطة إجبارية فإنه لا يرتكب إلا خطأ يسيراً جداً يجبه خطأ السائق إذا كان هذا بعد التهدئة لم يقف ، بل عاود السير بعد أن ترك الركاب يظنون أن هذه التهدئة أمام المحطة الإجبارية سيعقبها الوقوف (استئناف مختلط فى أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٢) . وفى قضية أخرى هدأ السائق من سيره أمام محطة إجبارية =

المسئولية التى نجمت عن خطأ المدعى عليه[1] . وهنا يجب أن نميز بين ما إذا كان أحد الخطأين قد استغرق الخطأ الآخر ، أو بقى كل من الخطأين مستقلا عن الخطأ الآخر فتكون منهما خطأ مشترك .

٥٩٣ — استغراق أحد الخطأين للخطأ الآخر : إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، لم يكن للخطأ المستغرق من أثر . فإذا كان خطأ المدعى عليه هو الذى استغرق خطأ المضرور . كانت مسئولية المدعى عليه كاملة لا يخفف منها خطأ المضرور . أما إذا كان خطأ المضرور هو الذى استغرق خطأ المدعى عليه . فان مسئولية المدعى عليه ترتفع لانعدام رابطة السببية .

= ولكنه لم يقف ، وكان أحد الطلبة قد تعلق بمركبة ، وأسرع السائق فى السير ، فسقط الطالب بين عجلات الترام ومات فى المستشفى ، فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ مشتركا بين السائق الذى أسرع بعد أن أوهم الناس أنه سيقف فى المحطة الإجبارية وبين الطالب الذى تعلق بالمركبة والترام يسير ولو بعد تهدئة السير (استئناف مختلط فى ١٦ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٧) . وإذا قامت الإدارة بأعمال حفر فى الطريق العام ، فحفرت خندقاً فى عرض شارع رئيسى . وأتى راكب الموتوسيكل وهو يعلم بوجود الخندق ولم يقلل السرعة ، كان هناك خطأ مشترك (استئناف مختلط فى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٤٩) .

انظر أيضاً : استئناف مختلط فى ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٥٧ (صاحب ماكينة طحين كان من واجبه أن يحتاط فيقيم إفريزاً يفصل ما بينه وبين الطريق العام) — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٧ (شخص حكم عليه من محكمة غير مختصة فلم يستأنف الحكم ورجع على الضامن ، فتمسك الضامن بخطأ المدعى فى عدم استئناف الحكم) — وفى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٢١ (أعطى الكمسارى إشارة السير قبل الأوان ، والطفل لم تحافظ عليه مرافقته ، فالخطأ مشترك) — وفى ٢٦ يونيه سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٣٨ (خطأ مشترك بين سائق السيارة وأحد المارة) .

انظر أيضاً فى تطبيقات قضائية فى فرنسا مازو ٢ فقرة ١٤٧١ — فقرة ١٤٢٤ — ٤ .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل هو أن كل فعل خاطىء نشأ عنه ضرر للغير يوجب مسئولية فاعله عن تعويض الضرر ، وإذن فإذا كانت المحكمة قد أثبتت وقوع خطأ من المجنى عليه وقالت إنه لا يجب الخطأ الواقع من المتهم ، فإن معنى ذلك أنها رأت أن خطأ الطاعن يربى على خطأ المجنى عليه ، وإذا كانت الدعوى لم ترفع بالمطالبة بكامل التعويض عن الحادث ، بل بالتعويض الذى طلبه والد المجنى عليه بصفة مؤقتة وهو مبلغ ٢١ جنيهاً وصدر الحكم بذلك ، فانه لا يكون هناك محل لما يثيره الطاعن فى شأن المشاركة فى الخطأ ، وتأثير ذلك على مقدار ما يتحمله من التعويض : نقض جنائى فى ١٩٥٣/٦/١٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ رقم ٣٥٢ ص ٩٨١] .

ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر فى حالتين : الحالة الأولى إذا كان أحد الخطأين يفوق كثيراً فى جسامته الخطأ الآخر ، والحالة الثانية إذا كان أحد الخطـأين هو نتيجة الخطأ الآخر .

٥٩٤ — الحالة الأولى — أحد الخطأين يفوق كثيراً فى جسامة الخطأ الآخر : مهما كان أحد الخطأين يفوق فى جسامته الخطأ الآخر ، فانه لا يتصور أن الخطأ الأشد يستغرق الخطأ الأخف إلا فى صورتين : الصورة الأولى هى صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو خطأ عمدى . والصورة الثانية هى صورة ما إذا كان أحد الخطأين هو رضاء المضرور بما وقع عليه من الضرر وذلك فى بعض الأحوال وهى قليلة .

فنى الصورة الأولى يكون أحد الطرفين ، المدعى عليه أو المضرور ، أراد إحداث الضرر متعمداً . أما الآخر فصدر منه خطأ غير متعمد . فإذا كان المدعى عليه هو الذى أراد إحداث الضرر متعمداً ، كانت مسئوليته متحققة ، ووجب عليه تعويض كامل لما أحدثه من الضرر حتى لو كان خطأ المضرور غير المتعمد له دخل فى إحداث الضرر . ذلك أن تعمد المدعى عليه إحداث الضرر هو وحده الذى نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المضرور فلم يكن إلا ظرفاً استغله المدعى عليه لإتمام قصده من إحداث الضرر . فإذا تعمد سائق السيارة أن يدهس رجلا مكفوف البصر يسير فى الطريق دون قائد ، لم يجز له أن يحتج بخطأ المضرور لتخفيف مسئوليته . ولا يسمع منه فى معرض الدفاع عن نفسه أن المضرور سار فى الطريق دون قائد وهو مكفوف البصر فيكون قد أخطأ ، ذلك أن السائق تعمد دهس المضرور ولم يكن خطأ المضرور إلا ظرفاً استغله السائق فى إنفاذ نيته . أما إذا كان المضرر هو الذى تعمد إلحاق الضرر بنفسه . استغرق خطؤه خطأ المدعى عليه ، وارتفعت مسئولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية كما قدمنا . فلو أن شخصاً أراد الانتحار . فانتهز فرصة أن سائقاً يسير بسرعة تجاوز الحد المفروض . فألقى بنفسه أمام السيارة ، فهو وحده الجانى على نفسه . ولا يجوزأن يحتج — هو لو نجا أو ورثته لو مات —

بأن السائق كان يسير بسرعة فائقة وكان ذلك خطأ ، فإن تعمده الانتحار هو وحده الذى نقف عنده سبباً لوقوع الضرر ، أما خطأ المدعى عليه فلم يكن إلا ظرفاً استغله المضرور لتنفيذ قصده[1] .

وفى الصورة الثانية يكون المضرور قد رضى بما وقع عليه من الضرر . ويجب بادىء الأمر أن نرسم الدائرة التى يعتبر المضرور فى نطاقها راضياً بالضرر . فرضاء المضرور بالضرر منزلة وسطى بين إرادته إلحاق الضرر بنفسه ومجرد علمه بالضرر . فقد يرضى المضرور بالضرر ولكنه لا يريده ، كما يقع ذلك فى المبارزة ، فكل من المتبارزين قد رضى أن يموت أو أن يجرح ولكنه لا يريد لنفسه هذا الضرر . وقد يعلم المضرور بالضرر ولكنه لا يرضى به ، فمن اشترك فى إحدى الألعاب الرياضية يعلم بما عسى أن ينجم من ضرر عن هذه اللعبة ولكن لا يمكن القول بأنه رضى بهذا الضرر إلا بقدر ما تنطوى عليه اللعبة فى العادة من أخطار . فلعب الكرة أو « التنس » لا ينطوى عادة على خطر ، فمن اشترك فيه يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر ولكنه لم يرض به . « والبوكس » والمصارعة تنطوى عادة على خطر ، فمن اشترك فيهما يمكن أن يقال عنه إنه يعلم بالضرر وقد رضى به . وصيد البط يعلم الصائد فيه بالضرر ولكنه لم يرض به ، أما صيد الوحوش المفترسة فقد علم فيه الصائد بالضرر ورضى به . والذى يعنينا هنا هو أن يكون المضرور قد رضى

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المجنى عليه تعمد الإضرار بنفسه ، فانتهز فرصة خطأ الجانى واتخذه وسيلة لتنفيذ ما تعمده من إيقاع الضرر بنفسه ، فلا يقضى له بتعويض (نقض جنائى فى ٢٨ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥) . وتدق الحالة لو أن كلا من المدعى عليه والمضرور قد أراد إحداث الضرر . كما إذا دفع مصاب بمرض مستعص طبيباً فى أن يخلصه من حياته . وعندنا أنه إذا ستغرق خطأ المريض خطأ الطبيب فى هذه الحالة ، وبقى خطأ الطبيب قائماً ، ولم تنتف المسئولية عن طريق انتفاء الخطأ ، فإنها تنتفى عن طريق انتفاء الضرر ، فإن الطبيب لم يحدث ضرراً بمريض خلصه من حياة شقية .

على أنه إذا استقلت نية المدعى عليه فى إحداث الضرر عن نية المضرور فى إلحاق الضرر بنفسه ، ولم يكن هناك تواطؤ بين الطرفين ، فالظاهر أن خطأ المدعى عليه العمدى هو الذى يبقى قائماً ، وهو الذى يستغرق خطأ المضرور العمدى ، وتتحقق مسئولية المدعى عليه كاملة .

بالضرر . فلا يرتفع إلى حد أن يريده ، ولا ينزل إلى مجرد العلم به . والقاعدة أن رضا المضرور بالضرر ليس من شأنه أن يزيل عن فعل المدعى عليه صفة الخطأ ، ولا يزال المدعى عليه خاطئاً حتى لو رضى المضرور بما وقع عليه من الضرر . فالطبيب إذا أجرى لمريض عملية جراحية خطرة فى غير ما ضرورة يكون مخطئاً حتى لو رضى المريض بإجراء هذه العملية . والمهندس إذا نفذ تصميما معيباً يكون مخطئاً حتى لو رضى عميله بهذا التصميم . فرضاء المضرور بالضرر لا يمنع إذن من أن يكون فعل المدعى عليه خطأ . ولكن هل يستغرق رضاء المضرور هذا الخطأ كما استغرقه إرادة المضرور للضرر فيما سبق لنا أن بيناه ؟ واضح أن هناك فرقاً ظاهراً بين أن يريد المضرور الضرر وبين أن يرضى به . وإذا كان معقولا فى الحالة الأولى أن يستغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه . فليس من المعقول أن يكون مجرد رضاء المضرور بالضرر من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه . فالأصل إذن أن رضاء المضرور يترك فعل المدعى عليه كما هو . فلا يزيل عنه صفة الخطأ ولا يستغرقه . ويكون المدعى عليه مسئولاً عما أحدثه بخطئه من الضرر مسئولية كاملة . ولكن قد يكون رضاء المضرور بالضرر يعد خطأ منه . ففى هذه الحالة يخفف هذا الخطأ من مسئولية المدعى عليه كما هو الشأن فى الخطأ المشترك . فينظر فى كل حالة هل كان المضرور مخطئاً عندما رضى بالضرر[1] . ويكون فى أكثر الأحوال مخطئاً . فمن رضى أن يركب سيارة غير سليمة وهو عالم بذلك ، أو ترك سائق السيارة يسوقها وهو فى حالة سكر بين ، أو دفع السائق أن يسير بسرعة فائقة ، يكون قد رضى بالضرر ويعد قضاؤه هذا خطأ من شأنه أن يخفف من مسئولية السائق . ومن رضى بإجراء عملية تجميل خطرة بالرغم من نصح الطبيب له بعدم إجرائها يكون قد رضى بالضرر رضاؤه خطأ يخفف من مسئولية الطبيب ولكن إذا رضى بإجراء العملية مع علمه بخطرها وكان رضاؤه بناء على إشارة الطبيب ،

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أنه « لا ينبغى أن يعتد بذلك الرضاء إلا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية . وفى حدود هذا الجواز فحسب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٠) . ولكن يجب أن يضاف إلى ذلك حالة ما إذا كان رضاء المضرور بالضرر يعتبر خطأ منه ، فتتبع فى هذه الحالة قواعد الخطأ المشترك .

لم يكن هذا الرضاء خطأ ولم يكن من شأنه أن يخفف من مسئولية الطبيب . وكذلك الحكم إذا أقدم المهندس على تشييد بناء معيب وكان ذلك برضاء العميل ، فإن كان الرضاء قد وقع بالرغم من نصح المهندس كان خطأ يخفف من مسئوليته ، وإن كان قد وقع بناء على إشارة المهندس لم يكن خطأ وبقيت مسئولية المهندس كاملة . هذا وفى بعض الأحوال القليلة قد يصل خطأ المضرور فى رضائه بالضرر حداً من الجسامة يجعل من شأنه أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، فتنتفى المسئولية عن هذا لانعدام رابطة السببية . فصاحب السفينة الذى يرضى عن بينة بنقل مهربات حربية فتصادر سفينته ، لا يرجع بشىء على صاحب المهربات[1] . والمرأة البالغة سن الرشد غير الغرة إذا انقادت عن شهوة إلى معاشرة خليلها لا ترجع عليه بالتعويض[2] . وإذا اتفق أهالى بلدين على المضاربة معاً ، ومات أحدهم فى أثناء المضاربة ، فلا حق لورثته فى التعويض لأنه هو الذى عرض نفسه باختياره إلى القتل[3] . وهذه الأحوال

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٢ يونيه سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٨ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٢ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٣٤ .

(٣) محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٦ ص ١٨٣ — وانظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية فى ٢٠ مايو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٢١٥ (لا تعويض لأحد فى حالة تقاذف طرفى الخصوم) — وبنى سويف فى ١٩ يونيه سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١٦ ص ٣٨ (لا تعويض فى حالة تضارب فريقين وإصابة أحدهم بضربة أفضت إلى موته) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن كل مضاربة تتضمن بطبيعتها واقعتين بالنسبة إلى كل متضارب ، واقعة يكون هو فيها جانياً على غيره والأخرى يكون مجنياً عليه من هذا الغير . فمن يطلب التعويض منهما تطبق على طلبه قواعد المسئولية المدنية . ويقدر التعويض بحسب جسامة خطأ غريمه الناشىء عنه الضرر مع مراعاة مبلغ اشتراكه هو فى إحداثه الضرر لنفسه أو تسببه فيه . ثم يقضى له بالتعويض الذى يستحقه أو يرفض طلبه متى كان خصمه أيضاً قد طلب تعويضاً فوجدت المحكمة بعد البحث على الطريقة المتقدمة أن تعويض خصمه يعادل تعويضه أو وجدت أنه يربو على تعويضه فأوقعت المقاصة بين التعويضين وقضت لخصمه بالزائد . وكل ما تجريه المحكمة من ذلك يجب بيانه فى الحكم ، ولا يكفى فى ذلك قول المحكمة من بادىء الأمر إنه ما دام كل فريق قد اعتدى على الآخر فقد سقط حقه فى طلب التعويض على كل حال لأن هذا مخالف لقواعد المسئولية (نقض جنائى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٤٠١ ص ٨١٥) . ونرى من ذلك أن محكمة النقض لم تذهب إلى أن المضاربة تنطوى على عنصر رضاء المضرور بالضرر ، بل تعتبر كل متضارب معتدياً ومجنياً عليه ، فتأخذ منه بقدر ما اعتدى وتعطى له بقدر ما اعتدى عليه . وإذا

القليلة هى التى أشرنا إليها وفيها يستغرق رضاء المضرور بالضرر خطأ المدعى عليه(1) .

٥٩٥ — *الحالة الثانية — أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر* : إذا كان خطأ المضرور هو نتيجة خطأ المدعى عليه ، استغرق الخطأ الثانى الخطأ الأول ، واعتبر خطأ المدعى عليه هو وحده الذى أحدث الضرر ، وتكون مسئولية المدعى عليه مسئولية كاملة . فإذا ركب شخص مع صديق له فى سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً فى سيره بها ، فنجم عن هذا السير السريع خطر دفع الراكب تحت تأثير الفزع إلى أن يأتى بحركة خاطئة التماساً للنجاة ، فأضر بنفسه ، كان خطأ المضرور هنا هو نتيجة لخطأ المدعى عليه ، فاستغرق خطأ الصديق خطأ الراكب ، وتحققت مسئولية الصديق كاملة(2) . وكذلك يكون الحكم إذا ارتكب المريض خطأ فى علاج نفسه ، وكان ذلك بناء على إشارة خاطئة من الطبيب ، فان خطأ الطبيب يستغرق خطأ المريض إذ الخطأ الثانى ليس إلا نتيجة للخطأ الأول ، فيكون الطبيب مسئولا عن التعويض كاملا . وهذا هو شأن الموكل يخطىء اتباعاً لنصيحة خاطئة من محاميه ، فيستغرق خطأ المحامى خطأ الموكل لأن الخطأ الثانى هو نتيجة الخطأ الأول .

أما إذا كان خطأ المدعى عليه هو نتيجة خطأ المضرور ، فإن خطأ المضرور هو الذى يستغرق خطأ المدعى عليه ، ولا نقف إلا عند خطأ المضرور سبباً للضرر الذى وقع ، فلا تتحقق مسئولية المدعى عليه لانعدام رابطة السببية . فإذا دهس سائق السيارة أحد العابرة ، أثبت أن المضرور تحول فجأة من جانب الطريق إلى الجانب الآخر دون أى احتياط وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد للاصابة . فقد أثبت أن الخطأ المفروض فى

= كان هذا صحيحاً فى المضاربة بوجه عام ، إلا أن الاتفاق على المضاربة — وهو أقرب إلى المبارزة — ينطوى كما هو ظاهر على معنى رضاء المضرور بالضرر الذى قد يقع عليه .

(1) [انظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٤٦٦ ص٥٠٦ وقارن أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٤٧٦ ص ٤٤٧ حيث يرى أن رضاء المضرور لايكون فى حال ما مستغرقا لخطأ المسئول ، وقصارى ما هنالك أن يؤدى رضاؤه إلى خطأ مشترك لأن الخطأ يجب أن يعتبر قائماً فى الجانبين] .

(2) انظر فى هذا المعنى نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩ .

جانبه — وهو الخطأ فى الحراسة — ليس إلا نتيجة خطأ المضرور ، واستغرق خطأ العابر خطأ السائق ، وانعدمت علاقة السببية ما بين خطأ السائق والضرر ، فانتفت مسئولية السائق إذ اعتبر خطأ المضرور هو وحده السبب فى وقوع الضرر [١] .

٥٩٦ — الخطأ المشترك : فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر ، بل بقيا متميزين كل منهما اشترك فى إحداث الضرر مستقلا ، كان للضرر سببان : خطأ المدعى عليه وخطا المضرور . وهذا ما يسمى بالخطأ المشترك (faute commune) [٢] .

والأصل أن كلا من الخطأين يعتبر سبباً فى إحداث الضرر ، إذ لولاه لما وقع هذا الضرر [٣] . ولما كان كل من المدعى عليه والمضرور مسئولا بقدر ما أحدث من ضرر ، وكان خطأ كل منهما سبباً لوقوع الضرر كله كما قدمنا ، فإن المسئولية تكون بالتساوى

---

(١) وقد جرى القضاء فى فرنسا ، لتيسير عبء الإثبات على السائق ، على أن يسمح للسائق بإثبات أن خطأ المضرور كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، فيكون هذا الخطأ بمثابة القوة القاهرة (انظر فى هذا القضاء مازو ٢ فقرة ١٥٢٧ — ٢) .

(٢) التعبير غير دقيق ، فالخطأ ليس مشتركا ارتكبه الاثنان معاً ، بل هما خطآن مستقلان أحدهما ارتكبه شخص والثانى ارتكبه الآخر (لالو فقرة ٣٤٨ — مازو ٢ فقرة ١٥٠٧) .

(٣) [وقد قضت محكمة النقض بأن عدم إذعان سكان المنزل لطلب الإخلاء الموجه إليهم من مالكه لا ينفى عن هذا الأخير الخطأ الموجب لمسئوليته عن الحادث الناتج من إجراء إصلاحات بالمنزل أدت إلى تهدمه ، إذ يصح فى القانون أن يكون الخطأ الذى أدى إلى وقوع الحادث مشتركا .

نقض جنائى فى ١٩٥٥/١٢/١٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٤٣٢ ص ١٤٦٣] .

[كما قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الإصابات التى لحقت بالمطعون عليها كانت نتيجة مباشرة لخطأ عامل المصعد وأنه وإن كان ثمت خطأ مشترك بين عامل المصعد والمصابة إلا أن هذا الخطأ ليس من شأنه أن يمحو حق المصابة فى التعويض وإن كان يؤثر فى تقدير المبلغ الذى يقضى لها به ، فإن هذا الذى قرره الحكم لا خطأ فيه .

نقض مدنى فى ١٩٥٤/٥/٢٠ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ١٣٥ ص ٨٩٢ .

وانظر حكماً مماثلا من الدائرة الجنائية بمحكمة النقض فى ١٩٥٥/٤/٩ مجموعة أحكام النقض الجنائى السنة ٦ رقم ٢٤٦ ص ٧٩٥] .

بينهما ، ويكون المدعى عليه مسئولا عن نصف الضرر ، ويتحمل المضرور النصف الآخر فلا يرجع على المدعى عليه إلا بنصف الضرر[١] . ولو أن المدعى عليه شخصان لا شخص واحد ، وكانا هما والمضرور مسئولين بالتساوى ، فإن المضرور يرجع على أى منهما بثلثى الضرر لأنه تحمل الثلث الباقى ولأن المدعى عليهما متضامنان فى الثلثين . وهكذ توزع المسئولية على المدعى عليهم والمضرور على عدد الرؤوس (par part virile) . وفى هذا تطبيق خاص لقاعدة تعدد المسئولين . فقد نصت المادة ١٦٩ من التقنين المدنى الجديد على أنه « إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض». ووجه أن التطبيق خاص هنا هو أنه يوجد بين المسئولين المتعددين المضرور نفسه ، فيجب أن يدخل فى الحساب عند توزيع المسئولية ، فيتحمل نصيباً منها بالتساوى مع المسئولين المتعددين[٢] .

على أن التقنين المدنى الجديد لم يترك هذه المسألة الهامة دون أن يفرد لها نصاً خاصاً . فقضى فى المادة ٢١٦ بأنه « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك فى إحداث الضرر أو زاد فيه »[٣] .

---

(١) انظر تحليلا آخر يقرب مما قدمناه فى مازو ٢ فقرة ١٥١١ . وسنرى أن القضاء يميل إلى توزيع المسئولية بحسب جسامة الخطأ .

(٢) [قضت محكمة النقض بأنه إذا كان قد نص فى عقد توريد المياه على تحميل المشترك التزام مراقبة وصيانة وحفظ المواسير الفرعية ومسئوليته ما ينجم عن عدم القيام بهذا الالتزام من إضرار دون أن يتضمن هذا النص الاتفاق على إعفاء المجلس القروى من مسئولية الخطأ التقصيرى الذى يقع منه — فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون متى أقام قضاءه بمسئولية المجلس على أن خطأ تقصيرياً جسيما وقع منه مما ساعد على تفاقم الضرر الذى أصاب منزل المشترك نتيجة تسرب المياه من الكسر الذى حدث بالماسورة الفرعية بإهمال هذا المشترك ومخالفته نص الاتفاق المشار اليه ومتى كان الحكم قد قسم الضرر الذى أصاب المنزل على الطرفين وبين رابطة السببية بين الخطأ التقصيرى وذلك الضرر : نقض مدنى فى ١٩٥٦/٥/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٨٤ ص ٦١٦] .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٩٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : «على =

= أنه يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض ، أو ألا يحكم بتعويض ما ، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر ، أو زاد فيه ، أو كان قد سوأ مركز المدين » . وقد أقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ٢٢٣ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب .

وفي لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حذفت عبارة « أو سوأ مركز المدين » ، لأنه يحسن إعمال القواعد العامة في هذه الحالة ولا سيما أن الحالة التي أغفلت تدخل ضمن إحداث الضرر أو الزيادة فيه . وأصبح رقم المادة ٢١٦ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٨ — ص ٥٥١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « تعرض هذه المادة لحكم الخطأ المشترك ، وهو يسرى على المسئولية التعاقدية والمسئولية التقصيرية على حد سواء . وقد تقدمت الإشارة إلى أن القاضي لا يحكم بالتعويض متى أقام المدين الدليل على أن الضرر قد نشأ عن خطأ الدائن وحده ، وأثبت بذلك وجود السبب الأجنبي . وكما أن حق الدائن في التعويض يسقط عند انفراده بإحداث الضرر بخطئه ، كذلك لا يكون من حقه أن يقتضي تعويضاً كاملا إذا اشترك بخطئه في إحداث هذا الضرر أو زاد فيه أو سوأ مركز المدين . ويتوقف مقدار ما ينقص من التعويض بوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب الدائن أو المدين في إحداث الضرر . وقد جعلت المادة ٣٥٤ من التقنين الألماني من هذا الترجيح عنصراً من عناصر التوجيه ، فنصت على أنه « إذا كان لخطأ المضرور نصيب في إحداث الضرر عند وقوعه توقف قيام الالتزام بالتعويض ومدى التعويض الواجب أداؤه على الظروف ، وبوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب أي من الطرفين في إحداث الضرر » . وليس يمتنع إزاء ذلك أن يرجح نصيب الدائن في إحداث الضرر رجحاناً يثير أمر البحث في قيام الالتزام بالتعويض بأسره . وهذا هو المعنى الذي قصدت المادة ٢٩٤ إلى استظهاره بنصها على أن للقاضي « ألا يحكم بتعويض ما » . ويراعى أن رضاء المضرور بالضرر الحادث لا يؤخذ لزاماً عليه بوصفه خطأ يبرر انتقاص التعويض . فالتقنين الألماني لا يجعل من هذا الرضاء سبباً للانتقاص (م ٢٥٤) على نقيض ما يقضي به التقنين السويسري (م ٤٤ فقرة ١) في هذا الشأن . فلا ينبغي أن يعتد بذلك الرضاء إلا حيث يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية ، وفي حدود هذا الجواز فحسب . وتعين فكرة الخطأ المشترك على ضبط حدود فكرة تقاربها ، هي فكرة « النتيجة الطبيعية » أو « المألوفة » لتخلف المدين . فقد تترتب على هذا التخلف نتائج يتفاوت مدى بعدها عنه ، وبذلك يسفر الموقف عن حلقات متسلسلة من الضرر لا يدرى لدى أيها ينبغي الوقوف . ومناط الحكم في هذه الحالة هو فكرة النتيجة الطبيعية أو المألوفة . فيعتبر من قبيل النتائج الطبيعية أو المألوفة التي يجب التعويض عنها كل ضرر لم يكن في وسع الدائن عقلا أن يحول دون وقوعه . ذلك أن امتناعه عن اتخاذ الحيطة المعقولة لحصر هذا الضرر في أضيق حدوده يكون بمنزلة الخطأ ، وبعبارة أخرى يترتب على هذا الامتناع قيام خطأ مشترك يستتبع الانتقاص من التعويض ، بل وسقوط الحق فيه أحياناً . وقد طبق القانون الألماني تلك الفكرة فنص في المادة ٢٥٤ على وجوب إنقاص التعويض بل وسقوط الحق فيه « إذا انحصر خطأ المضرور في عدم تنبيه المدين إلى خطر ضرر بالغ الجسامة لم يكن يعلم به ولم يكن يتحتم عليه العلم به أو في عدم دفع هذا الخطر أو الحد منه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٩ — ص ٥٥٠) . =

المضرور ، طبقاً لهذا النص ، لا يتقاضى تعويضاً كاملا ، بل يتحمل نصيبه فى المسئولية .
ونبادر إلى ملاحظة أمرين فى شأن النص : أولهما أنه يقول « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض » . ومعنى الجواز فى الإنقاص احتمال ألا ينقص القاضى من التعويض شيئاً ، ويكون ذلك فى حالة ما إذا كان خطأ المضرور قد استغرقه خطأ المدعى عليه على النحو الذى بيناه . والأمر الثانى أن النص يقول « أو لا يحكم بتعويض ما » ، ويكون ذلك فى حالة ما إذا كان خطأ المدعى عليه قد استغرقه خطأ المضرور فى الصور التى أسلفنا ذكرها[1] .

= ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٧ (مطابق) — الليبى م ٢١٩ (مطابق) — العراقى م ٢١٠ (موافق) — اللبنانى م ١٣٥ (موافق) .

هذا وقد ورد فى المادة ٢١٦ أن القاضى ينقص مقدار التعويض إذا كان الدائن بخطئه قد زاد فى إحداث الضرر . ومثل ذلك شخص يجرح فى حادث ، فيهمل فى علاج نفسه ، فيزيد فى الضرر (استئناف مختلط فى ١٠ يونيه سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٧ — وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩) . ومثل ذلك أيضاً حادث يصيب منزلا فيجعله غير قابل للسكنى مدة معينة ، فيهمل صاحب المنزل فى إصلاحه ، وتطول من جراء ذلك المدة التى يبقى فيها المنزل غير صالح للسكنى ، فلا يتحمل المسئول ضرر ما طال من هذه المدة (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨) . انظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٦ — وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٥٢ — وفى ٢٣ نوفبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٣٠ — وفى ٤ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٥٩ — وفى ١٤ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٢٩ — وفى ٣٠ يونيه سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ١٦٦ ص ٤٧٠ — وفى ١١ مايو سنة ١٩٢١ جازيت ١٢ رقم ٢٨ ص ٤٨ — وفى أول يونيه سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٦١ — وفى ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٣ — ٤١٣ — وفى ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٥ — وفى ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٥٨ — وفى ١٠ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ وفى أول مارس سنة ١٩٢٨ جازيت ١٨ رقم ٢٣٩ ص ٣٠٣ — وفى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨ .

ولكن المضرور لا يتحمل خطأ الغير فى زيادة الضرر وعلى المسئول أن يرجع إلى هذا الغير . فإذا أحدث شخص كسراً فى أحد أعضاء جسم المضرور ، ووقع خطأ فى جبر الكسر تسبب عنه زيادة الضرر ، فالمضرور لا يكون مسئولا عن هذا الخطأ وله أن يتقاضى من المسئول تعويضاً عن زيادة الضرر ، وللمسئول أن يرجع على من وقع منه الخطأ فى جبر الكسر (استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٦) .

(١) ونحن نفرض فى غالب ما قدمناه أن كلا من الخطأ الذى وقع من المسئول والخطأ الذى وقع من =

= المضرور هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت فى جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ مفترضاً فى جانب أى منهما أو فى جانب كليهما .

مثل الخطأ المفترض فى جانب المسئول أن يرتكب صبى فى رعاية أبيه خطأ يلحق ضرراً بشخص آخر . فيرجع المضرور على الأب يطالبه بتعويض الضرر على أساس خطأ مفترض فى جانب الأب . فيثبت الأب خطأ فى جانب المضرور ، فهل له أن يحتج بهذا الخطأ ليخلص من المسئولية كلها أو بعضها ؟ يستطيع الأب بادىء الأمر أن يثبت أنه لم يخطىء فى رعاية ولده ، فينفى بذلك الخطأ المفترض فى جانبه ، ويخلص من المسئولية بتاتاً . ولكن إذا عجز الأب عن نفى الخطأ فى جانبه ، فهل له أن يحتج بما أثبته من خطأ المضرور ؟ ما دام قد ثبت خطأ فى جانب المضرور فالضرر على أقل تقدير له سببان لاسبب واحد : خطأ المضرور الثابت وخطأ الأب المفترض . فتطبق قواعد الخطأ المشترك ، وتقسم المسئولية بين المضرور والأب . ويستطيع الأب أن يخلص من المسئولية كلها إذا هو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجب الرعاية بماينبغى من العناية (أنظر المادة ١٧٣ فقرة ٣ من القانون المدنى الجديد) . وقد يكون الخطأ المفترض فى جانب المسئول لايقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة يدهس عابراً فى الطريق ويثبت خطأ فى جانب المضرور . هنا أيضاً خطأ مشترك ، خطأ العابر الثابت وخطأ السائق المفترض ، فتقسم المسئولية بين السائق والعابر . ويستطيع السائق أن يخلص من المسئولية كلها إذا هو أثبت أن الخطأ فى الحراسة ، وهو الخطأ المفترض فى جانبه ، لادخل له فى إحداث الضرر ، وأن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجبه فى الحراسة كما ينبغى . ومن ذلك أن يثبت أن خطأ المضرور كان لايمكن توقعه ولايستطاع دفعه فيكون بمثابة القوة القاهرة ، وقد مر بيان ذلك . والمهم فى الصورة التى نحن بصددها أن السائق لايستطيع الخلاص من المسئولية بنفى الخطأ المفترض فى جانبه ، لأن الخطأ هنا لايقبل إثبات العكس ، وهذا بخلاف الصورة الأولى حيث يستطيع الأب أن ينفى الخطأ المفترض فى جانبه كما قدمنا .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب المضرور أن سائق السيارة ، وهو يريد أن يتفادى دهس عابر كان يسير فى الطريق دون احتياط . ينحرف عن الجادة ويصطدم بحائط فيصاب بضرر . فالسائق فى هذا المثل هو المضرور . فهل يستطيع العابر الذى كان يسير فى الطريق دون احتياط فثبت الخطأ فى جانبه أن يحتج بخطأ مفترض فى جانب السائق؟ لايجوز ذلك إطلاقاً ، لأن الخطأ المفترض فى جانب السائق إنما فرض لمصلحة من يصيبه السائق بالضرر ، فهو خطأ مفترض فى مصلحة المضرور . والمضرور هنا هو السائق كما قدمنا ، فلا يقوم الخطأ المفترض ضد مصلحته . وينبنى على ذلك أن المسئول ، وهو عابر الطريق ، لايستطيع أن يحتج على السائق بخطأ مفترض ، ويبقى خطأه هو — وهو السير فى الطريق دون احتياط — السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، وتكون مسئوليته عن هذا الضرر كاملة .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب كل من المسئول والمضرور أن تصطدم سيارتان ولا يستطيع أحد من السائقين أن يثبت خطأ فى جانب السائق الآخر : فإذا أصيبت إحدى السيارتين دون الأخرى بالضرر ، فإن سائق السيارة غير المصابة يكون مسئولا عن هذا الضرر كاملا ، ولا يستطيع أن يحتج بخطأ مفترض فى جانب سائق السيارة المصابة كما رأينا فيما تقدم . أما إذا أصيبت السيارتان معاً بالضرر ، فإن كلا من السائقين يعوض السائق الآخر تعويضاً كاملا ما أصاب سيارته من الضرر ، ولا يستطيع أن يحتج عليه بخطأ مفترض فى جانبه . ولا يجوز القول إن الخطأ المفترض فى جانب السائق يتهاتر مع الخطأ المفترض فى جانب السائق الآخر ، فيتخلص كل منهما من المسئولية بتاتاً ، فإن هذا معناه أن الخطأ يفترض ضد مصلحة المضرور ، وهذا غير مستساغ كما بينا . (انظر فى هذا الموضوع مازو ٢ فقرة ١٥١٥ – فقرة ١٥٣٧) .

بقى أن كلا من النصين — المادة ١٦٩ والمادة ٢١٦ — يدع مجالا للقاضى أن يوزع التعويض على المسئولين المتعددين ، ومن بينهم المضرور نفسه ، لا على عدد الرؤوس أى بالتساوى فيما بينهم، بل على أساس آخر. والظاهر أن هذا الأساس الآخر هو جسامة الخطأ الذى صدر من كل من المسئولين[1] . وفى هذا يتمشى القانون المدنى الجديد مع القضاء المصرى[2]،

---

(١) [قضت محكمة النقض بأن اشتراك المجنى عليه فى الخطأ المسبب للحادث مما يوجب توزيع المسئولية المدنية على قدر الخطأ .

نقض جنائى فى ٩/٤/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٢٤٦ ص ٧٩٥] .

(٢) وقد وضعت محكمة النقض المبدأ الذى يسير عليه القضاء المصرى فى هذا الصدد فيما قضت به من أنه إذا كان المضرور قد أخطأ أيضاً ، وساهم هو الآخر بخطئه فى الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك يجب أن يراعى فى تقدير مبلغ التعويض المستحق له فلا يحكم له على الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير ، لأن كون الضرر الذى لحق المضرور ناشئاً عن خطأين ، خطئه هو وخطأ غيره ، ذلك يقتضى توزيع مبلغ التعويض بينهما بنسبة خطأ كل منهما ، وبناء على عملية تشبه المقاصة لايكون الغير ملزماً إلا بمقدار التعويض المستحق عن كل ضرر منقوصاً منه مايجب أن يتحمله المضرور بسبب الخطأ الذى وقع منه (نقض جنائى فى ٢ أبريل ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢٠٠ ص ٤٨٦) .

وقضت هذه المحكمة أيضاً قبل ذلك بأن المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) قد نصت على إلزام كل من يقع منه فعل ضار بالغير بتعويض الضرر الذى ترتب على فعله ، فاذا كان المضرور قد أخطأ هو الآخر وساهم فى الضرر الذى أصابه ، فإن ذلك ، وإن كان يجب أن يراعى عند تقدير التعويض الذى يطالب به المضرور ، لا يصلح أن يكون سبباً لرفع المسئولية المدنية عمن اشترك معه فى حصول الضرر . وإذن فإذا كان الحكم قد قضى برفض الدعوى المدنية بناء على ما قاله من « تكافؤ السيئات » ، وكان المستفاد من البيانات التى أوردها أنه إنما قصد أن المجنى عليهم وقع من جانبهم هم أيضاً خطأ فى حق أنفسهم ، ولم يقصد أن الخطأ تسبب عنه أى ضرر بالمدعى عليه ، فإن هذا يكون مقتضاه أن يحكم للمجنى عليهم بالتعويض مع مراعاة درجة خطئهم من الجسامة (نقض جنائى فى ٢ نوفبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠٨ ص ٥١٧) . وقضت الدائرة المدنية من محكمة النقض بمثل ذلك فقالت إنه وإن كان ما يراه قاضى الموضوع من إثبات مساهمة المضرور فى الفعل الضار لتوزيع المسئولية بينه هو ومن اشترك معه فى إحداث الضرر متعلقاً بفهم الواقع فى الدعوى ولا رقابة عليه لمحكمة النقض ، فإن وصف الأفعال التى وقعت من المضرور فى الحادث الضار وأسس عليها اشتراكه فيه هو من التكييف الذى تراقبه هذه المحكمة ، وإذا كان مجرد ركوب شخص مع صديق له فى سيارة يقودها هذا الصديق مسرعاً فى سيره بها هو مما لا يعتبر فى بعض الصور اشتراكا فى الخطأ الذى وقع فيه قائد السيارة ، وإذا كان مجرد قيام هذا الراكب تحت تأثير الفزع بحركة ما التماسا للنجاة فأضر بنفسه لا يعتبر كذلك اشتراكا فى خطأ القائد ، فإنه لا شك فى أن مساهمة هذا الراكب فى الاتفاق مع قائد السيارة على إجراء مسابقة بها هى مما يجعله مخطئاً كالمتسابقين ومشتركا معهم فى خطئهم ومسئولا عما يحدث من جراء ذلك . والأصل أن الضرر المترتب على فعل مضمون ومهدر يسقط فيه =

= ما يقابل المهدر ويعتبر ما يقابل المضمون ، فينبغي إذن أن يستنزل من التعويض ما يقابل الفعل الذى ساهم به المضرور فى الضرر ، ويعتبر الفعل الذى وقع من الغير (نقض مدنى فى ٢٦ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٢ ص ٤٨٩) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة كذلك أن توزيع المسئولية فيما بين المدينين المتضامنين يكون بحسب جسامة الخطأ الذى صدر من كل منهم (استئناف مختلط فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٧٢ — وأنظر أيضا : استئناف مختلط فى ١٨ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤١٣) .

وأحكام القضاء المصرى من وطنى ومختلط كثيرة فى هذا الموضوع . انظر : استئناف وطنى فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٣٥ ص ٦٥ (صدمة تسببت من إهمال فى قيادة عربة وثبت أنه كان فى إمكان المجنى عليه منع الحادثة لو لم يكن تحت تأثير الحشيش) — استئناف وطنى فى ٧ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٣٣٤ ص ١٨٦ (طفلة عمرها ثلاث سنوات دهسها القطار بسبب ترك السور الذى يحول بين منزل والدها وقضبان السكك الحديدية بدون ملاحظة فأزال العمال بعض الأعمدة لتقصير الطريق إلى منازلهم : خطأ مشترك من مصلحة السكك الحديدية ووالدى الطفلة لتركها وحدها خارج المنزل) — استئناف مصر الوطنية فى ٢١ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٣٥ ص ٣١٥ — وفى ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٩٢ ص ٨٠٦ (إهمال السائق والمجنى عليه) . وقد يذهب القضاء إلى رفض طلب التعويض إذا كان خطأ المضرور فاحشاً إلى حد أن يجعل هذا الخطأ يستغرق خطأ المسئول : استئناف وطنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٤٨ ص ١٠٧ (شخص أصابه ضرر من مصادمة وقعت بإهمال مصلحة السكك الحديدية ، فرفض طلب التعويض لأنه كان موجوداً خارج باب العربة فى أثناء سير القطار) — استئناف وطنى فى أول ديسمبر سنة ١٩١٥ الشرائع ٣ رقم ٥٢ ص ٢٣٣ (عبر الأهالى من غير المزلقان الذى أعدته المصلحة للجمهور فدهم أحدهم القطار فقتله ، فاستغرق خطأ المضرور خطأ المسئول ورفض طلب التعويض) — استئناف مختلط فى ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨ (تلميذ صغير عمره ٩ سنوات : لا خطأ على والده أن يتركه يذهب إلى المدرسة بمفرده) — استئناف مختلط فى ٥ مارس ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٦ (مثل القضية السابقة) — استئناف مختلط فى ٩ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٢ (خطأ مشترك لأن والد بنت صغيرة تركها فى الشارع المزدحم بالحركة دون رقيب) . استئناف مختلط فى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٠٤ (التعويض الذى يعطى لقريب الميت فى حالة الخطأ المشترك يكون هو أيضاً مخففاً كما لو كان الميت هو الذى يطالب شخصياً بالتعويض) . أمثلة أخرى من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة : استئناف مختلط فى ٢ فبراير سنة ١٨٨٧ بوريللى م ٢١٣ رقم ١٥ — وفى ١٣ يونيه سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ٢٥٥ — وفى ١٢ يونيه سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٢١ — وفى ٤ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٥ — وفى أول يونيه سنة ١٨٩٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٢٣ ص ٣٠٦ — وفى ١٧ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٣١ — وفى ٢٠ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٣٠ — وفى ١٥ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦ — وفى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٣ — وفى ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٦٥ — وفى ١٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٥ — وفى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٢ . [نقض مدنى ١٧ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٤ ص ٦١٦ (تسرب المياه من كسر المواسير بخطأ مشترك من المجلس القروى والمشترك) — نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣٥ ص ٨٩٢ (خطأ عامل المصعد والمصابة)] =

والقضاء الفرنسى[١] . ونصوص التقنينات الحديثة[٢] . ولا يلجأ القاضى إلى التوزيع على عدد الرؤوس إلا إذا لم يستطع أن يحدد جسامة كل خطأ . فعندئذ يفرض التكافؤ جميعاً . ويجرى التوزيع بالتساوى على المسئولين ومنهم المضرور نفسه[٣] .

هذا ويمكن تطبيق القاعدة المتقدمة فى حالة ما إذا كان كل من الطرفين مسئولا ومضروراً فى الوقت ذاته ، كما إذا تصادمت سيارتان ، فأصاب السيارة الأولى ضرر قدر بمبلغ خمسين جنيهاً ، وأصاب السيارة الثانية ضرر قدر بمبلغ عشرين جنيهاً . وثبت الخطأ فى جانب كل من السائقين . أما الضرر الذى أصاب السيارة الأولى وقدره خمسون جنيهاً فيقسم بين السائقين بحسب جسامة الخطأ . فإذا فرض أن القاضى لم يستطع أن يتبين هذه

= وهناك أحكام قليلة لمحكمة الاستئناف المختلطة توزع التعويض بعدد الرؤوس لا بحسب جسامة الخطأ : استئناف مختلط فى ١٤ نوفبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٣١ — وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٧ .

هذا ولا يكون هناك خطأ مشترك إذا كان ثمة خطآن متميزان كل منهما أحدث أثراً مستقلا عن الآخر . فإذا سلم قلم الكتاب شهادة خاطئة ترتب عليها إدراج دائن فى المرتبة الأولى خطأ ، فلا يجوز لقلم الكتاب أن يحتج على هذا الدائن بأنه هو أيضاً أخطأ فى أنه جعل قيده يمتد إلى أموال غير مملوكة لمدينه ما دام مال المدين المأخوذ عليه القيد يكفى لوفاء الدين فى المرتبة التى أدرج فيها الدائن خطأ (استئناف مختلط فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٣) . وكذلك إذا كان خطأ المضرور ليس سبباً مباشراً فى إحداث الضرر ، كما إذا علقت عجلات عربة بشريط الترام عن خطأ من السائق ، وبينما هو يعالج تخليص العربة مدة ربع ساعة إذا بترام أتى مسرعاً سرعة غير عادية فقتل السائق ، فإن سائق الترام وحده هو المسئول لا سائق العربة (استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٥) .

(١) انظر فى تحليل القضاء الفرنسى مازو ٢ فقرة ١٥١٢ .

(٢) التقنين الألمانى م ٢٥٤ — التقنين البولونى م ١٥٨ فقرة ٢ — المشروع الفرنسى الإيطالى م ٧٨ .

(٣) وفى هذا ، كما جاء فى مازو ٢ بقية ظاهرة من ميل القضاء إلى قياس التعويض على أساس جسامة الخطأ ، مما يلبس الخطأ المدنى لباساً ذاتياً يقربه من الخطأ الجنائى (انظر فى نقض هذا مازو ٢ فقرة ١٥١٢) على أن هذا هو الحل العملى العادل ، وهو إذا تعارض مع المنطق المحض ، فإنه يبقى مع ذلك حلا إنسانياً يصعب الانحراف عنه . وهو ما يقوله حتى نفس الأستاذ مازو (أنظر مازو ٢ فقرة ١٩٧٣ ص ٨٢١) . ومع ذلك فإن المادة ١٦٩ من القانون المدنى الجديد تجعل الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى على عدد الرؤوس ، وسيأتى بيان ذلك (انظر فقرة ٥٩٩ فى الهامش) .

الجسامة قسم بالتساوى ، فيكون السائق الثانى مسئولا قبل السائق الأول بمبلغ خمسة وعشرين جنيهاً . وأما الضرر الذى أصاب السيارة الثانية وقدره عشرون جنيهاً فإنه يقسم أيضاً بالتساوى بين السائقين ، فيكون السائق الأول مسئولا قبل السائق الثانى بمبلغ عشرة جنيهات . وبعد أن تجرى المقاصة يدفع السائق الثانى إلى السائق الأول فى النهاية خمسة عشر جنيهاً[1] .

§ ٣ — خطأ الغير

٥٩٧ — *وضع المسألة* : نستبعد هنا أيضاً ، كما فعلنا عند بحث خطأ المضرور ، حالة ما إذا لم يقع من المدعى عليه خطأ ما ، ثابت أو مفروض ، ووقع الضرر بفعل الغير وحده . فان فعل الغير إذا كان هو السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، فان كان خطأ كان الغير وحده هو المسئول ، وإن لم يكن خطأ كان من قبيل القوة القاهرة أو الحادث الفجائى فلا يكون أحد مسئولا .

أما إذا وقع خطأ من المدعى عليه ، واشترك فى إحداث الضرر مع هذا الخطأ فعل الغير ، كان هناك محل للتساؤل عن أثر فعل الغير فى مسئولية المدعى عليه . ويشترط هنا أيضاً كما اشترط فى فعل المضرور أن يكون فعل الغير خطأ له شان فى إحداث الضرر .

---

(١) ويتبين من ذلك أن كلا من السائقين يتحمل فى النهاية نصف مجموع الضررين (٥٠ + ٢٠ ÷ ٢ = ٣٥) . فالسائق الأول أصيب بضرر قدره خمسون جنيهاً ، تقاضى منه خمسة عشر جنيهاً ، فيتحمل فى النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنيهاً . والسائق الثانى أصيب بضرر قدره عشرون جنيهاً ، ثم دفع للسائق الأول خمسة عشر جنيهاً ، فيكون قد تحمل فى النهاية ضرراً قدره خمسة وثلاثون جنيهاً هو أيضاً .

هذا ويختلف حل المسألة ذاتها لو أن الخطأ كان مفترضاً فى جانب كل من السائقين . فقد قدمنا أن كلا من السائقين فى هذه الحالة يعوض السائق الآخر عن الضرر الذى أصابه تعويضاً كاملا . فيكون السائق الأول مسئولا إزاء السائق الثانى بمبلغ عشرين جنيهاً ، ويكون السائق الثانى مسئولا إزاء السائق الأول بمبلغ خمسين جنيهاً ، فتقع المقاصة . ويبقى السائق الثانى مسئولا إزاء السائق الأول بمبلغ ثلاثين جنيهاً . وكان فى الصورة الأخرى مسئولا بمبلغ خمسة عشر جنيهاً فقط .

فاذا لم يكن فعل الغير خطأ فليس له أثر فى مسئولية المدعى عليه ، وكان هذا وحده هو المسئول ، وكانت مسئوليته كاملة ، فلا بد إذن أن يكون فعل الغير خطأ . ويقاس الخطأ بمعياره المعروف : الانحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد . ولا بد كذلك أن يكون خطأ الغير له شأن فى إحداث الضرر ، وإلا لما جاز للمدعى عليه أن يحتج به إذ لا علاقة له بالضرر [1] .

ويجب ألا يكون الغير الذى ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يعتبر المدعى عليه مسئولا عنهم . فلو كان هذا الغير ولداً للمدعى عليه أو تلميذاً أو تابعاً ، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر فى مسئولية المدعى عليه نحو المضرور [2] .

وليس من الضرورى أن يكون الغير معروفاً ، فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث وقد هرب دون أن يعرف ، ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً فى مسئولية المدعى عليه [3] .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا انتزع المالك منقولات المستأجر وبضائعه بعد أن أخذ مشورة أحد المحامين وطبقاً لهذه المشورة ، فانتفت نية الغش وهى ضرورية لوجود الجريمة ، فمن ناحية المسئولية المدنية ، حيث لا يجوز الجهل بالقانون بتاتاً ، وحيث تقوم المسئولية على مجرد الخطأ ، لا يكون لمشورة المحامى أى أثر (استئناف مختلط فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٢٧) . فيلاحظ أن المحكمة فى هذه القضية لم تجعل لخطأ الغير (وهو هنا المحامى) أثراً فى مسئولية المالك . وهذا بخلاف ما إذا كان الضرر من خطأ المحامى قد وقع على المالك مباشرة ، فقد رأينا أن الخطأ يكون مشتركا فى هذه الحالة . ولعل المحكمة اعتبرت فى القضية التى نحن بصددها أن خطأ المالك ، وهو يعمل تحت مسئوليته فى تصرفه نحو الغير ، قد استغرق خطأ المحامى .

(٢) وينبنى على ذلك أن خطأ الولد أو التلميذ أو التابع لا يجوز أن يستغرق خطأ المدعى عليه ، بل يبقى هذا دائماً هو المسئول نحو المضرور ، ويدفع له التعويض كاملا . ولكن هذا لا يمنع من رجوع المدعى عليه ببعض هذا التعويض أو كله على الغير الذى ارتكب الخطأ ولو كان هو مسئولا عن هذا الغير نحو المضرور .

أما إذا لم يكن المدعى عليه مسئولا عن الغير ، فالخطأ الذى يصدر من هذا الأخير يكون من شأنه أن يؤثر فى مسئوليته ، بل يجوز أن يستغرق خطأه ، حتى لو قامت علاقة بين المدعى عليه والغير . فإذا ترك صاحب السيارة سيارته لأحد من أهله أو من أصدقائه ، وهو ليس مسئولا عنه ، وارتكب القريب أو الصديق خطأ ، عد خطأ صادراً من الغير ، وجاز أن يستغرق خطأ المدعى عليه .

(٣) فيجوز أن يستغرق خطأ هذا الغير المجهول خطأ المدعى عليه .

٥٩٨ — أثر خطأ الغير فى خطأ المدعى عليه — استغراق أحد الخطأين للآخر : إذا كان لكل من خطأ المدعى عليه وخطأ الغير شأن فى إحداث الضرر ، وكان أحد الخطأين يستغرق الخطأ الآخر ، اعتبر الخطأ المستغرق هو وحده السبب فى إحداث الضرر . فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ الغير ، كان المدعى عليه وحده هو المسئول مسئولية كاملة ، ولا أثر لخطأ الغير فى هذه المسئولية . أما إذا استغرق خطأ الغير خطأ المدعى عليه ، فالغير وحده هو المسئول مسئولية كاملة ، ولا أثر لخطأ المدعى عليه فى هذه المسئولية .

ويستغرق أحد الخطأين الآخر — كما بينا فى صدد الكلام فى خطأ المضرور — إذا كان خطأ متعمداً أو كان هو الذى دفع إلى ارتكاب الخطأ الآخر . ولا يرد هنا ما رأيناه فى خطأ المضرور من أن رضاءه قد يستغرق خطأ المدعى عليه ، فإنه إذا أمكن أن يتصور استغراق رضاء المضرور لخطأ المدعى عليه ، فلا يتصور أن خطأ المدعى عليه يستغرقه رضاء الغير .

٥٩٩ — تعدد المسئولين : فإذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر بقيا قائمين ، واعتبر أن كلا منهما سبب فى إحداث الضرر . وهذه هى حالة تعدد المسئولين ، فقد اشترك مع المدعى عليه شخص آخر فى إحداث الضرر ، فأصبح المسئول أكثر من شخص واحد .

وقد نصت المادة ١٦٩ من التقنين المدنى الجديد ، السابق ذكرها ، على هذه الحالة . فقضت بما يأتى :

« إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : =

ويلاحظ أن النص قرر التضامن فيما بين المسئولين ، فيجوز إذن للمضرور أن يرجع

= « ١ — إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر . ٢ — ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب يحدده القاضى حسب الأحوال وعلى قدر جسامة الخطأ الذى وقع من كل منهم ، فإن استحال تحديد قسط كل منهم فى المسئولية تكون القسمة سوية بينهم » . وفى لجنة المراجعة أقر النص بعد إدخال تعديلات لفظية ، وأصبح رقم المادة ١٧٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة حول جعل التضامن فيما بين المسئولين إجبارياً بحكم القانون أو اختيارياً بحكم القاضى ، وحول الأساس الذى تقوم عليه قسمة التعويض فيما بين المسئولين . وانتهى رأى اللجنة إلى أنها حذفت الفقرة الثانية من النص ، وأضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » . وقد روعى فى هذه الإضافة أن يكون الأصل هو المساواة فى المسئولية بين من وقع منهم الفعل الضار ، إلا أن للقاضى أن يعدل فى نصيب كل منهم فى التعويض حسب تقديره للظروف . وأصبح رقم المادة ١٦٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٨٢ — ص ٣٨٩) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « لا يقتصر هذا النص على تقرير التضامن بين من يشتركون فى إحداث ضرر معين عند رجوع المضرور عليهم ، وهو ما يقضى به التقنين المصرى الحالى فى المادة ١٥٠/٢١١ ، بل يتناول فوق ذلك تعيين كيفية رجوع المسئولين فيما بينهم إذا قام أحدهم بأداء التعويض بأكمله . ففيما يتعلق برجوع المضرور على المسئولين عن العمل الضار يكون هؤلاء متضامنين دون حاجة للتفريق بين المحرض والفاعل الأصلى والشريك ، على نحو ما فعل تقنين الالتزامات السويسرى فى المادة ٥٠ (انظر أيضاً المادتين ١٠٨/٩٩ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ١٣٠١ من التقنين النمساوى) . ويلاحظ أن هذه المادة نفسها تنص أيضاً على أن مخفى الشىء المسروق لا يلتزم بالتعويض إلا إذا أصاب نصيباً من الربح أو أحدث ضرراً بمعاونته . ويؤدى هذا إلى التفريق بين حالتين : (الأولى) حالة وقوع الفعل الضار من أشخاص متعددين دون أن يكون فى الوسع تعيين من أحدث الضرر حقيقة من بينهم ، أو تحديد نسبة مساهمة كل منهم فى إحداثه ، وفى هذه الحالة لا يكون ثمة معدى عن تقرير التضامن بينهم جميعاً (انظر المادتين ١٠٩/١٠٠ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ٨٣٠ من التقنين الألمانى) . (والثانية) حالة إمكان تعيين محدث الضرر من بين من وقع منهم الفعل الضار رغم تعددهم وإمكان تحديد نصيب كل منهم فى إحداثه ، وفى هذه الحالة لا يسأل كل منهم إلا عن الضرر الحادث بخطئه ، ولا يسألون البتة على وجه التضامن (أنظر المادة ١٣٦ من التقنين البولونى والمادة ١٣٠٢ من التقنين النمساوى) وهذا هو حكم حالة الإخفاء التى تقدمت الإشارة إليها فى التقنين السويسرى . أما فيما يتعلق برجوع المسئولين فيما بينهم عند التضامن . فيحدد القاضى ما يؤديه كل منهم معتداً فى ذلك بجسامة الخطأ الذى وقع منه ونصيب هذا الخطأ فى إحداث الضرر وكل ظرف آخر من شأنه أن يكشف عن مدى مساهمة المسئول فى الضرر الحادث من هؤلاء المسئولين جميعاً . فإذا استحال تحديد قسط كل منهم فى المسئولية ، فتكون القسمة سوية بينهم ، إذ المفروض أن الدليل لم يقم على تفاوت تبعاتهم . وقد واجه تقنين الالتزامات السويسرى حالة تعدد المسئولين عن ذات الضرر مع اختلاف أسباب المسئولية ، =

على أى من المدعى عليه أو الغير بالتعويض كاملا[1]. ثم يتقاسم المسئولان الغرم فيما بينهما.

= كأن يسأل البعض على أساس العمل غير المشروع ، والبعض على أساس التعاقد ، والبعض بمقتضى نص فى القانون . وقد قضى هذا التقنين بإلزام كل منهم فى هذه الصورة بأداء عين الدين إلزاماً مبتدأ ، وقرر فى المادة ٥١ فيما يتعلق بعلاقة بعضهم بالبعض الآخر أن تبعة الضرر تقع أولا على عاتق من أحدثه من بين المسئولين بعمل غير مشروع ، وتقع أخيراً على عاتق من يسأل عنه بمقتضى نص فى القانون دون أن يكون مسئولا بناء على خطأ وقع منه أو بناء على التزام تعاقدى ، وغنى عن البيان أن هذا الحكم لا يتيسر الأخذ به إلا بمقتضى نص خاص » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٨٣ — ص ٣٨٤) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية : السورى م ١٧٠ (مطابق) — الليبى م ١٧٢ (مطابق) — العراقى م ٢١٧ (موافق) — اللبنانى م ١٣٧ (موافق) .

(١) ونحن نفرض هنا ، كما فرضنا عند بحث خطأ المضرور ، أن كلا من الخطأ الذى وقع من المسئول والخطأ الذى وقع من الغير هو خطأ واجب الإثبات وقد ثبت فى جانب كل منهما . وقد يكون الخطأ مفترضاً فى جانب أى منهما أو فى جانب كليهما . مثل الخطأ المفترض فى جانب المسئول أب مسئول عن خطأ صدر من أبنه وثبت فى الوقت ذاته خطأ فى جانب الغير كان هو أيضاً السبب فى إحداث الضرر الذى جعل الأب مسئولا عنه فيجوز للأب — كما قدمنا فى صدد خطأ المضرور — أن يثبت أنه لم يخطىء فى رعاية ولده ، فينفى الخطأ المفترض فى جانبه ، ويخلص من المسئولية بتاتاً . فإذا عجز عن ذلك بقى الخطأ مفترضاً فى جانبه ، وهناك خطأ آخر ثابت فى جانب الغير ، فيكون الأب والغير مسئولين بالتضامن نحو المضرور تطبيقاً للمادة ١٦٩ المتقدمة الذكر . وإذا دفع الأب التعويض كاملا للمضرور ، رجع به كله على الغير الذى ثبت الخطأ فى جانبه ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالخطأ المفترض فى جانب الأب ، لأن هذا الافتراض لم يقمه القانون إلا لصالح المضرور وحده . وإذ استطاع الأب أن يثبت أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد فى إحداث الضرر — بأن يثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بواجب الرعاية كما ينبغى — تخلص من المسئولية بتاتاً حتى نحو المضرور ، ولا يستطيع هذا أن يرجع إلا على الغير الذى ثبت خطأه ، ويرجع عليه بالتعويض كاملا ولا يرجع الغير بشىء على الأب . وقد يكون الخطأ المفترض فى جانب المسئول لا يقبل إثبات العكس . مثل ذلك سائق السيارة دهس أحد العابرة ، وأثبت خطأ شخص اعترض طريقه فجأة فاضطره إلى الانحراف عن الطريق فدهس العابر . هنا لا يستطيع السائق ، كما استطاع الأب فى المثل السابق ، أن ينفى الخطأ عن جانبه لأنه مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . بقى أنه أثبت خطأ الغير . فبالنسبة إلى المضرور يكون كل من السائق والغير مسئولا بالتضامن ، ويستطيع المضرور أن يرجع على أى منهما بالتعويض كاملا . فإذا رجع على السائق رجع هذا على الغير الذى ثبت خطأه بكل مادفعه ، ولا يستطيع الغير أن يحتج بالخطأ المفترض فى جانب السائق لأن هذا الافتراض لم يقمه القانون إلا لصالح المضرور وحده أما إذا رجع المضرور على الغير فلا يرجع هذا على السائق بشىء لأنه لم يثبت فى جانبه خطأ ولا يجدى الخطأ المفترض فى جانبه كما قدمنا . ويستطيع السائق أن يتخلص من المسئولية بتاتاً نحو المضرور إذا هو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بواجبه فى الحراسة كما ينبغى ، لأنه يثبت بذلك أن خطأ الغير كان هو السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، وفى هذه الحالة لا يرجع المضرور إلا على الغير ، ويرجع عليه بالتعويض كاملا ، ولا يرجع الغير بشىء على السائق . ويستطيع السائق ، الإثبات أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بواجبه فى الحراسة ، أن يثبت أن خطأ =

والأصل بحسب النص أن تكون القسمة بالتساوى على عدد الرؤوس ، إلا إذا استطاع القاضى أن يحدد جسامة كل من الخطأين فيجوز له أن يجعل القسمة بحسب جسامة الخطأ . وقد تقدم بيان ذلك عند الكلام فى خطأ المضرور[1] .

= الغير كان لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه ، فيكون بمثابة القوة القاهرة ، فيخلص السائق من المسئولية على النحو الذى قدمناه (انظر فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ١٠ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٤ — وفى ٢٥ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٠) — وقد يزيد الضرر الذى أحدثه السائق عن الضرر الذى قصد تفاديه فلا تكون ثمة قوة قاهرة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المتهم إنما ارتكب ما ارتكبه مريداً مختاراً بعد أن وازن بين أمرين ، القضاء على حياة الغلام الذى اعترض سيارته عند مفترق الطرق أو الصعود بالسيارة على إفريز الشارع حيث وقعت الواقعة ، وكان الفعل المرتكب فى حالة الضرورة لا يتناسب بحال مع ما قصد تفاديه ، بل كان بالبداهة أهم منه شأناً وأجل خطراً وأكبر قيمة ، فإن التعويض يكون واجباً إذا ما لحق الغير ضرر (نقض جنائى فى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٨ ص ٤٦٨ — وانظر فى الفقه والقضاء الفرنسيين فى هذه المسألة مازو ٢ فقرة ١٦٥٢ — فقرة ١٦٥٣ — ٢) .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب الغير هو عين المثل المتقدم إذا اعتبر المضرور الغير الذى كان سبباً فى دهس السيارة إياه هو الفاعل الأصلى فرجع عليه بالتعويض كاملا . ولا يستطيع الفاعل الأصلى أن يرجع على السائق — وقد أصبح السائق هنا هو الغير — لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض فى جانب السائق إذ أن هذا الخطأ لم يفترض إلا لمصلحة المضرور كما قدمنا . ومثل ذلك أيضاً سيارتان اصطدمتا ، فأصيب من جراء هذا الاصطدام عابر فى الطريق ، واستطاع المضرور أن يثبت خطأً فى جانب أحد السائقين دون الآخر ، فإن السائق الذى ثبت فى جانبه الخطأ ودفع التعويض كاملا لا يستطيع الرجوع بشىء على السائق الآخر — وهو هنا الغير — إذ لا يوجد فى جانب هذا الأخير إلا خطأ مفترض .

ومثل الخطأ المفترض فى جانب كل من المسئول والغير سيارتان اصطدمتا ، فأصيب عابر من جراء هذا الاصطدام ، ولم يستطع المضرور إثبات خطأ فى جانب أى من السائقين . فللمضرور الرجوع على أى منهما بالتعويض كاملا بمقتضى الخطأ المفترض . ويبقى أن نرى هل يستطيع من دفع التعويض أن يرجع على المسئول الآخر بنصيبه فيه ؟ كان القياس ألا يرجع لأنه لا يستطيع الاحتجاج بالخطأ المفترض فى جانب السائق الآخر ، ولكن القول بذلك يفتح الطريق أمام المضرور للتحكم ما بين السائقين ، فأيهما يختار يضطره إلى دفع التعويض كاملا دون رجوع على المسئول الآخر . ومن أجل ذلك جرى الفقه والقضاء فى فرنسا على أن يرجع السائق الذى دفع التعويض كاملا على السائق الآخر بنصيبه فى هذا التعويض (مازو ٢ فقرة ١٦٦١).

[1] ولا بد أن نلاحظ هنا أن النص جعل الأصل أن تكون القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى على عدد الرؤوس . وهذا ظاهر أيضاً من الرجوع إلى الأعمال التحضيرية للمادة ١٦٩ وقد نقلناها فيما تقدم . فقد كان المشروع النهائى ينص على القسمة تبعاً لجسامة الخطأ ثم عدل لجعل الأصل أن تكون القسمة بالتساوى . أما القضاء المصرى فكان يجرى على أن الأصل هو أن تكون القسمة بحسب جسامة الخطأ . =

٦٠٠ — اشتراك خطأ المدعى عليه وخطأ الغير وخطأ المضرور فى إحداث الضرر : وقد يساهم فى إحــداث الضرر خطأ أول يثبت فى جانب المدعى عليه ، وخطأ ثان يثبت فى جانب الغير ، وخطأ ثالث يثبت فى جانب المضرور . ففى هذه الحالة يتحمل المضرور ، وقد ثبت خطأ فى جانبه ، ثلث الضرر ، ويتحمل المدعى عليه والغير متضامنين بالثلثين الباقيين . فيرجع المضرور بثلثى التعويض على المدعى عليه أو على الغير ، ويرجع من دفع الثلثين على المسئول الآخر بالثلث . هذا ما لم ير القاضى أن يكون التوزيع لا على عدد الرؤوس بل بحسب جسامة خطأ كل من الثلاثة[1] .

= فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تبين أن حادثة الإصابة الخطأ وقعت باشتراك شخصين فى الخطأ ، وجب توزيع المسئولية عليهما كل بمقدار خطئه (نقض جنائى فى ٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٥٩/٢ ص ٣٢٥) . وانظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مختلط فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٤ — وفى ٣ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٧٥ — وفى ١٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٦ — وفى ١٦ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٢ .

(١) أما إذا كان هناك خطأ مفترض : فإن كان مفترضاً فى جانب المضرور وحده وخطأ كل من المدعى عليه والغير ثابت ، لم يحتج بهذا الخطأ المفترض على المضرور لأنه أقيم لصالحه كما قدمنا ، ورجع المضرور على أى من المسئولين بالتعويض كاملا ، ورجــع هذا بنصف التعويض على المسئول الآخر .

وإذا كان الخطأ مفترضاً فى جانب المدعى عليه وحده وخطأ كل من المضرور والغير ثابت ، فالقياس أن يرجع المضرور بثلثى التعويض على أى من المدعى عليه أو الغير ، ولــكن هذا الحل يجعل الغير يضار بالخطأ المفترض فى جانب المدعى عليه ، إذ لو انتفى هذا الخطأ ، وبقى الخطأ الثابت فى جانب كل من المضرور والغير ، لتحمل الغير نصف التعويض لا الثلثين ، لذلك يرجع المضرور فى الحالة التى نحن بصددها على الغير بالنصف ولا يرجع الغير بشىء على المدعى عليه ، وإذا رجع المضرور على المدعى عليه بالنصف ، رجع المدعى عليه بما دفع كاملا على الغير (انظر فى هذا المعنى مازو ٢ فقرة ١٦٦٤ ص ٥٤٨ — ص ٥٤٩) . وإذا كان الخطأ مفترضاً فى جانب الغير وحده وخطأ كل من المدعى عليه والمضرور ثابت ، رجع المضرور ، للأسباب التى قدمناها فى الصورة السابقة ، على المدعى عليه بنصف التعويض ، ولا يرجع هذا على الغير بشىء . ويجوز أيضاً للمضرور أن يرجع على الغير بالنصف ، ويرجع الغير بما دفعه كله على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً فى جانب كل من المضرور والمدعى عليه وخطأ الغير ثابت ، رجع المضرور بالتعويض كاملا على الغير ولا يرجع هــذا بشىء على المدعى عليه . ويستطيع المضرور كذلك أن يرجع بالتعويض كاملا على المدعى عليه ، ويرجع هذا على الغير بكل ما دفعه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً فى جانب كل من المضرور والغير وخطأ المدعى عليه ثابت ، رجع المضرور =

المطلب الثانى

انعدام السببية لأن السبب غير منتج أو غير مباشر

٦٠١ — **حالتاد** : قد تتعدد أسباب الضرر ويكون خطأ المدعى عليه أحد هذه الأسباب ، ولكن يؤدى هذا التعدد إلى انقطاع الصلة ما بين الخطأ والضرر فتنعدم علاقة السببية[1] . وقد يكون للضرر سبب واحد هو خطأ المدعى عليه ، ولكن الضرر ذاته هو الذى يتعدد ، إذ تتعاقب الأضرار ، فتنقطع الصلة ما بين بعضها وبين خطأ المدعى عليه من جراء تسلسل النتائج ، فتنعدم علاقة السببية فيما انقطعت فيه الصلة .

= بالتعويض كاملا على المدعى عليه ولا يرجع هذا بشىء على الغير . كما يجوز للمضرور أن يرجع بكل التعويض على الغير ، ويرجع هذا بكل ما دفعه على المدعى عليه .

وإذا كان الخطأ مفترضاً فى جانب كل من المدعى عليه والغير وخطأ المضرور ثابت ، فليس للمضرور أن يرجع إلا بنصف التعويض على أى من المسئولين ، لأن خطأه ثبت فى جانبه . ومن دفع نصف التعويض يرجع على المسئول الآخر بنصف ما دفع أى بنصف النصف .

وإذا كان الخطأ مفترضاً فى جانب الثلاثة جميعاً ، كما إذا اصطدمت سيارات ثلاث وأصيبت إحداها ولم يستطع السائق المضرور أن يثبت خطأ أى من السائقين الآخرين ، جاز للسائق المضرور أن يرجع بالتعويض كاملا على أى من السائقين الآخرين ، والسائق الذى يدفع التعويض كاملا يرجع بنصفه على السائق الآخر (أنظر فى هذا الموضوع مازو ٢ فقرة ١٦٦٤) .

[انظر أيضاً : بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٦٢٥ وما بعده — دى باج جـ ٩ مكرر بند ٩٥٣ وما بعده — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٤٩٢ — ٤٩٨ وما بعد ذلك] .

(١) [وقد قضت محكمة الاستئناف بأنه إذا كان الثابت فى واقعة الدعوى أن علاقة السببية وهى شرط أساسى فى دعوى المسئولية معدومة لأن السبب المباشر فى سقوط منزل المستأنف ضدها لم يكن ناشئاً عن هدم منزل الجار وإنما ترتب وتولد عن إهمالها وتهاونها وتراخيها وعدم تبصرها بالأمور وعدم قيامها بما تحتمه عليها واجباتها كمالكة من المحافظة على ملكها للحيلولة دون سقوطه وتعرض الغير للضرر الناتج عن هذا الإهمال الجسيم — إذا ما تقرر ذلك وضح أن إهمال الجار الذى هدم منزله يجبه خطأ آخر يحجبه وينهض بالمسئولية دون ما عداه ، هو إهمال صاحبة المنزل المجاور والذى تسبب عن سقوطه وفاة المجنى عليه : استئناف مصر فى ١٩٥١/٢/٦ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم العدد ١ و٢ رقم ٢٥] .

ونستعرض كلا من الحالتين : (١) تعدد الأسباب (٢) تسلسل النتائج (أو تعاقب الأضرار).

§ ١ — تعدد الأسباب

٦٠٢ — *تعدد الأسباب مع الاستغراق أو دون استغراق* : كثيراً ما تتعدد الأسباب التى تتدخل فى إحداث الضرر . وعند ذلك يعنينا أن نعرف هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً ، القريب منها والبعيد ، ونعتبرها كلها أسباباً أحدثت الضرر ، أو نقف من هذه الأسباب عند المؤثر المنتج دون غيره .

ويحسن فى هذا الصدد أن نميز بين حالتين فى تعدد الأسباب : الحالة الأولى إذا تعددت الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى ، والحالة الثانية إذا تعددت الأسباب دون استغراق .

ا — تعدد الأسباب مع استغراق سبب منها للأسباب الأخرى

٦٠٣ — *بقاء السبب المستغرق وحده مرتباً للمسئولية* : رأينا فى بحث السبب الأجنبى أنه يجوز أن يكون للضرر سببان ، ولكن أحدهما يستغرق الآخر ، ويبقى هو السبب الوحيد الذى أحدث الضرر ، فتتحقق مسئولية صاحبه كاملة . ورأينا أن هذا يتحقق فى فرضين :

١ — أن يكون أحد السببين خطأ عمداً والآخر غير عمد ، فيستغرق الخطأ العمد الخطأ غير العمد ، ويصبح هو السبب الوحيد الذى نقف عنده . فإذا تعمد شخص إحداث ضرر بآخر ، وساعده على إحداث هذا الضرر خطأ ارتكبه المضرور أو ارتكبه الغير ، كما لو انتهز شخص فرصة سير غريمه فى الطريق غير ملق بالا لما حوله فدهسه بسيارته ، أو رأى حفرة فى الطريق حفرها الغير خطأ فأوقع غريمه فيها ، اجتمع سببان تدخلا فى إحداث الضرر : تعمد الجانى وخطأ المجنى عليه أو خطأ الغير . ولا شك فى أن تعمد الجانى

قد استغرق خطأ المجنى عليه أو خطأ الغير ، فالتعمد وحده هو الذى نقف عنده . ويعتبر السبب الوحيد فى إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولا وحده مسئولية كاملة .

٢ — أن يكون أحد السببين نتيجة للسبب الآخر . مثل ذلك أن يخطىء الطبيب فى نصيحة المريض أو المحامى فى توجيه الموكل أو المهندس فى المشورة على العميل ، فيخطىء المريض أو الموكل أو العميل فى اتباع النصيحة أو التوجيه أو المشورة فيصاب بالضرر . ومن ثم وجد سببان متواليان تدخلا فى إحداث الضرر : المشورة الخاطئة وتنفيذ هذه المشورة . ولكن أحد السببين هو الذى ساق إلى السبب الآخر ، فكان هذا نتيجة له ، إذ المشورة هى التى ساقت إلى التنفيذ فكان التنفيذ نتيجة للمشورة . ويترتب على ذلك أن المشورة تستغرق التنفيذ ، وتصبح هى وحدها السبب الذى نقف عنده ، وتتحقق مسئولية الطبيب أو المحامى أو المهندس وحده مسئولية كاملة .

ب — تعدد الأسباب دون استغراق

٦٠٤ — نظريتان : أما إذا تعددت الأسباب ولم يستغرق سبب منها الأسباب الأخرى ، جاز عندئذ التساؤل هل نأخذ بهذه الأسباب جميعاً وهذه هى نظرية تكافؤ الأسباب théorie de l'équivalence des conditions أو نقف منها عند الأسباب المؤثرة المنتجة وهذه هى نظرية السبب المنتج théorie de la causalité adéquate وقد كان فقهاء الألمان — وتبعهم فى ذلك فقهاء البلاد الأخرى — يقولون بنظرية تكافؤ الأسباب ، ثم هجروها — وتبعهم فى ذلك أيضاً غيرهم — إلى نظرية السبب المنتج . ونستعرض الآن كلا من النظريتين .

٦٠٥ — نظرية تكافؤ الأسباب : قال بهذه النظرية الفقيه الألمانى فون بيرى Von Buri [١] . ومؤداها أن كل سبب له دخل فى إحداث الضرر — مهما كان بعيداً —

---

(١) مازو ٢ فقرة (١٤٤٠) والمراجع المشار إليها [وانظر أيضاً فى عرض هذه النظرية : الدكتور =

يعتبر من الأسباب التى أحدثت الضرر . فجميع الأسباب التى تدخلت فى إحداث الضرر متكافئة ، وكل واحد منها يعتبر سبباً فى إحداثه . ويكون للسبب دخل فى إحداث الضرر إذا كان لولاه لما وقع الضرر . فلو أن ثملاً سار فى عرض الطريق فدهسته سيارة مسرعة ، وكان من اليسير على سائق السيارة أن يتفادى الحادث لو أنه كان يسير بسرعة معتدلة ، كما كان يمكن للثمل أن يتفادى الحادث لو أنه كان مالكاً لتوازنه ، كان هناك سببان فى إحداث الضرر : خطأ السائق فى السير بسرعة كبيرة وخطأ المصاب فى السير فى الطريق العام وهو ثمل . ذلك أن الضرر ما كان ليقع لو لم يكن السائق مسرعاً ، وما كان أيضاً ليقع لو لم يكن المصاب ثملا . فالسببان متكافئان فى إحداث الضرر ، ويعتبر كل منهما سبباً فيه ، ويكون صاحبه مسئولا ، فتتحقق المسئوليتان معاً . كذلك لو كان لشخص سيارة ولم يتخذ الاحتياطات المعقولة للمحافظة عليها فسرقت منه ، وساقها السارق بسرعة كبيرة فدهس أحد المارة ، كان هنا أيضاً سببان فى إحداث الضرر : سرعة السائق وتقصير صاحب السيارة فى المحافظة عليها . فالضرر ما كان ليقع لو لم يكن السارق مسرعاً ، وما كان أيضاً ليقع لو لم يهمل صاحب السيارة فتسرق منه . فالسببان متكافئان فى إحداث الضرر ، وكلاهما يعتبر سبباً فى إحداثه .

٦٠٦ — **نظرية السبب المنتج** : قال بهذه النظرية الفقيه الألمانى فون كريس (Von Kries) [1] ، فانحاز لها الكثرة من الفقهاء فى ألمانيا وفى غيرها من البلاد . وساعد على هجر نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج أن القرائن القانونية على الخطأ المفترض

= محمود نجيب حسنى: رابطة السببية فى القانون الجنائى (رسالة من باريس ١٩٥٢) مطبوعة بالقاهرة سنة ١٩٥٥ (باللغة الفرنسية) ص ٦٥ وما بعدها — ص ١٦٧ وما بعدها — وانظر مارتى ورينو جزء ثان فقرة ٤٨٠ - ٤٨١ — ومطول بيدان جـ ٩ مكرر (بمعاونة روديير) بند ١٦١٥ ص ٢٣٣ — دى باج جـ ٢ بند ٩٥٨] .

(١) مازو ٢ فقرة ١٤٤١ والمراجع المشار إليها [وانظر أيضاً الدكتور محمود نجيب حسنى — المرجع السابق ص ١١٩ وما بعدها — ثم ص ١٣٦ وما بعدها — مارتى ورينو — المرجع السابق — نفس المواضع — مطول بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٦١٧ ص ٢٣٥] .

كثرت ، فأصبح من اليسير استظهار خطأ مفترض فى جانب المدعى عليه ينضم إلى أخطاء أخرى أكثر وضوحاً وبروزاً . فلو قلنا بنظرية تكافؤ الأسباب لوجب اعتبار جميع هذه الأخطاء ، وفيها الخطأ المفترض ، أسباباً متكافئة . ومن ثم آثر الفقهاء نظرية السبب المنتج ، فيستعرضون الأسباب المتعددة التى كان لها دخل فى إحداث الضرر ، ويميزون بين الأسباب العارضة (fortuites) والأسباب المنتجة (adéquates) ، ويقفون عند الثانية دون الأولى ويعتبرونها وحدها السبب فى إحداث الضرر . وإذا قيل إن كلا من السبب المنتج والسبب العارض كان له دخل فى إحداث الضرر ، ولولاه لما وقع ، إلا أن السببية بهذا المعنى هى السببية الطبيعية . ونحن إنما نريد السببية القانونية ، فنبحث أى الأسباب التى يقف عندها القانون من بين الأسباب الطبيعية المتعددة ليعتبرها وحدها هى الأسباب التى أحدثت الضرر . والسبب العارض غير السبب المنتج . وإذا كان كلاهما تدخل فى إحداث الضرر ، ولولاه لما وقع ، إلا أن السبب المنتج هو السبب المألوف الذى يحدث الضرر فى العادة[1] ، والسبب العارض هو السبب غير المألوف الذى لا يحدث عادة هذا الضرر ولكن أحدثه عرضاً . أرأيت لو أهمل صاحب السيارة فى المحافظة عليها فسرقت منه ، وعدا بها السائق فى سرعة كبيرة فدهس أحد العابرة ، فاجتمع سببان فى إحداث الضرر هما خطأ صاحب السيارة وخطأ السارق ، ماذا يكون من هذين السببين هو السبب المألوف ؟ أليس هو خطأ السارق فى أن يسير بسرعة كبيرة إذ هو الذى يحدث هذا الضرر فى العادة ، وأليس خطأ صاحب السيارة فى إهماله فى المحافظة عليها حتى سرقت منه وإن كان له دخل فى إحداث الضرر إلا أنه سبب غير مألوف لا يحدث عادة هذا الضرر ؟ فخطأ السارق وحده هو السبب المنتج ، أما خطأ صاحب السيارة فسبب عارض . ويجب الوقوف عند السبب المنتج دون السبب العارض ، واعتبار صاحب السبب المنتج هو وحده المسئول . وفى مثل الثمل الذى دهسته السيارة المسرعة اجتمع سببان فى إحداث الضرر : خطأ الثمل وخطأ السائق . وكلاهما سبب مألوف يحدث هذا الضرر عادة . فهما سببان منتجان ، وصاحباهما مسئولان معاً . ومن ثم يكون السببان فى هذا المثل منتجين وفقاً لنظرية السبب المنتج ،

(١) مارتى (Marty) فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٣٩ ص ٦٨٥ وما بعدها .

ومتكافئين وفقاً لنظرية تكافؤ الأسباب .

ويتضح مما تقدم أن نظرية السبب المنتج هى النظرية الأحرى بالاتباع[١] .

٦٠٧ — الأثر الذى يترتب على تعدد الأسباب التى أحدثت الضرر : فإذا نحن عرفنا الأسباب التى أحدثت الضرر — سواء اهتدينا إلى هذه الأسباب عن طريق نظرية السبب المنتج أو عن طريق نظرية تكافؤ الأسباب — ووجدنا هذه الأسباب متعددة ، فقد رأينا فيما قدمناه عند الكلام فى السبب الأجنبى أن هذا التعدد له أثر كبير فى المسئولية . ونستعرض فى إيجاز الفروض المختلفة ملخصين ما قدمناه فى هذا الصدد .

فقد يجتمع سببان فى إحداث الضرر : خطأ المدعى عليه وقوة قاهرة أو خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور أو خطأ المدعى عليه وخطأ الغير ، أو تجتمع أسباب ثلاثة : خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير .

فإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وقيام قوة قاهرة ، كان المدعى عليه مسئولا عن التعويض الكامل ، لأن خطأه كان سبباً فى إحداث الضرر . ولا يستطيع الرجوع على أحد ، لأن الحادث الذى اشترك مع خطئه فى إحداث الضرر كان قوة قاهرة ، فيتحمل وحده المسئولية كاملة . فلو أن شخصاً لكم شخصاً آخر فى صدره لكمة بسيطة ، وتصادف أن المصاب كان مريضاً بالقلب ولم يكن المدعى عليه يعلم ذلك ، فمات المصاب من جراء هذه اللكمة ، كان المدعى عليه مسئولا مسئولية كاملة عن موت المصاب[٢] . ولو سار سائق السيارة مسرعاً أكثر مما يجب ، فإذا بريح عاصف اقتلع شجرة ورماها فى عرض الطريق

---

(١) انظر فى تحول القضاء الفرنسى عن نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج مازو ٢ فقرة ١٤٤٢ — ٢ .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا فرض أن المضرور فى حادث كان لديه استعداد من قبل (prédisposé) للمرض الذى أصابه بسبب هذا الحادث ، فيكفى أن يكون الحادث هو السبب الذى حرك هذا الاستعداد (prédisposition) حتى تقوم علاقة السببية بين الحادث والمرض ، فيلزم المتسبب فى الحادث بتعويض الضرر (استئناف مختلط فى أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٥) .

أمام السيارة ، فانقلبت السيارة على أحد العابرة فأصابته ، كان المدعى عليه مسئولا عن التعويض الكامل ، ولا يستطيع الرجوع على أحد كما هو الأمر فى المثل السابق .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ المضرور ، كما إذا أسرع سائق السيارة فى سيرة فاعترض طريقه شخص ثمل فدهسه ، كان هناك خطأ مشترك (faute commune) كما قدمنا ، ورجع المضرور على المسئول بنصف التعويض على النحو الذى سبق أن بيناه .

وإذا اجتمع خطأ المدعى عليه وخطأ الغير ، كما إذا سار السائق فى سرعة كبيرة واعترضته حفرة فى الطريق أحدثها الغير خطأ فانقلبت السيارة وأصابت أحد العابرة ، فإن كلا من الخطأين يعتبر سبباً فى إحداث الضرر ، ويكون المدعى عليه مسئولا نحو المضرور عن تعويض كامل ، ويرجع بنصف التعويض على الغير الذى أحدث الحفرة خطأ فى الطريق .

وإذا اجتمع خطأ كل من المدعى عليه والمضرور والغير ، كما إذا سار السائق بسرعة كبيرة فعثر بحفرة أحدثها الغير خطأ فى الطريق فانقلبت السيارة وأصابت شخصاً ثملا كان يعبر الطريق ، كان السائق مسئولا نحو المضرور عن ثلثى التعويض ، ويرجع بالثلث على الغير [١] .

§ ٢ — تسلسل النتائج

(أو تعاقب الأضرار والضرر غير المباشر)

٦٠٨ — *التمييز بين تعدد الأسباب وتسلسل النتائج* : ينبغى أن نميز تمييزاً دقيقاً بين حالة تعدد الأسباب التى عالجناها فيما تقدم وحالة تسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار التى نعالجها

---

(١) [انظر فيما سبق : هامش صحيفة ١٠٢٣ والمراجع المشار إليها فيه] .

الآن. ففى الحالة الأولى الضرر واحد لم يتعاقب ، والأسباب هى التى تعاقبت فتعددت . وفى الحالة الثانية السبب واحد لم يتعدد ، والأضرار هى التى تعاقبت عن هذا السبب الواحد فصارت أضراراً متعددة . ففى إحدى الحالتين إذن السبب هو المتعدد ، أما الضرر فيبقى واحداً . وفى الحالة الأخرى الضرر هو المتعدد ، أما السبب فيبقى واحداً . وقد تمتزج الحالتان فتتعدد الأسباب وتتعاقب الأضرار ، فيعطى لتعدد الأسباب حكمه الذى قدمناه ، ويعطى لتعاقب الأضرار الحكم الذى سنبسطه فيما يلى .

٦٠٩ — أمثلة عملية لتسلسل النتائج أو تعاقب الأضرار : يوجد مثل تقليدى أورده بوتييه فى الأضرار التى تتعاقب ، وهو مثل فى المسئولية العقدية ولكنه ينطبق أيضاً على المسئولية التقصيرية : تاجر مواش يبيع بقرة موبوءة[1] ، فتعدى مواشى المشترى ، وتموت وتموت معها سائر المواشى ، فلا يتمكن المشترى من زراعة أرضه ، فيعوزه المال ، فلا يستطيع الوفاء بديونه ، فيحجز الدائنون على أرضه ويبيعونها عليه بثمن بخس . فهذه أضرار متعاقبة يجر بعضها بعضاً : موت البقرة الموبوءة ، عدوى المواشى وموتها ، العجز عن الزراعة ، العجز عن وفاء الديون ، الحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . ويرى بوتييه بحق أن الأضرار المباشرة التى يجب التعويض عنها هى موت البقرة الموبوءة وعدوى المواشى وموتها . أما العجز عن الزراعة وعن وفاء الديون والحجز على الأرض وبيعها بثمن بخس . فهذه أضرار غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

وقد وقع فى مصر مايقرب من هذا ، فقضت فيه محكمة الاستئناف الوطنية[2] بما يأتى : « إذا تلفت آلات وابور بسبب حادث حصل للقطار الذى كانت هذه الآلات مشحونة

---

(١) أو يخلطها بمواشى الغير ، وهو عالم أنها موبوءة ، عن إهمال — وذلك حتى ينطبق المثل على المسئولية التقصيرية .

(٢) فى ٢٢ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/٥١ ص ٢٤٧ — انظر أيضاً استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنه ١٨٨٣ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٩ ص ٢٩ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٨٨٥ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٠ ص ٤٣ — وفى ١٠ يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٨٧ — وفى ٦ يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٧ .

فيه ، فلا تسأل المصلحة عن الضرر غير المتسبب مباشرة عن الحادث ، كأن يقال إن هذا الوابور كان معداً للتركيب على بئر ارتوازية وبسبب تلف الآلات تعذر الانتفاع بهذه البئر ، فتلفت زراعة صاحب البئر ، وكان أيضاً متعهداً بأن يروى لأصحاب الأطيان المجاورة فلم يروها بسبب هذا الحادث فطالبوه بتعويض الضرر ، ثم إنه لم ينتفع أيضاً بالأرض التى حفر البئر فيها وبالأرض التى أعدها لوضع الوابور إلخ إلخ ، وأن المصلحة مسئولة عن تعويض كل هذه الأضرار » .

وقد قضت محكمة النقض[1] كذلك بما يأتى : « ... إذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسئولية خطئها من سحب رخصة من متجر بالآثار . وما يترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة ، وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته ، وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من هذه الأضرار ، فقضاؤه صحيح قانوناً »[2] .

فهذه أمثلة عملية منتزعة من صميم الحياة المصرية نرى فيها الأضرار عن السبب الواحد تتلاحق وتتعاقب وتتسلسل . فأين نقف ؟ القاعدة التقليدية هى أننا نقف عند الضرر المباشر (dommage direct) فنعرض عنه، ونغفل الضرر غير المباشر (dommage indirect) فلا يجب له التعويض .

ولكن كيف نحدد ما إذا كان الضرر مباشراً أو غير مباشر ؟

---

(١) فى ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٤٠ ص ٧٤ — ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٧٦ مع تعليق الدكتور سليمان مرقس — انظر كذلك محكمة طنطا فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ١٠٠ ص ٢٣٥ — استئناف مختلط فى ٢٧ نوفبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٢ — وفى ٤ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٩٧ — وفى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٣ .

(٢) وقضى أيضاً بأنه إذا أرسلت شركة آلات زراعية إحدى آلاتها حديثة الاختراع إلى وكيل لها فى الريف ، فأصاب هذه الآلة تلف بفعل أمين النقل ، ترتب عليه فشل التجربة التى أجراها الوكيل على مشهد من كبار المزارعين فى بلده ، ورفض المشترى قبول هذه الآلة ، وعدول المزارعين عن شراء مثلها ، فإن أمين النقل لا يسأل إلا عن تلف الآلة باعتباره ضرراً مباشراً ، أما ما تلى ذلك من أضرار فيعتبر نتيجة غير مباشرة لخطأ أمين النقل (الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ٥٩) .

٦٤٠ — **معيار الضرر المباشر** : يجب بادىء الأمر التمييز ما بين الضرر المباشر (direct) والضرر المتوقع (prévisible) ، فالضرر المتوقع هو ما كان محتمل الحصول ممكناً توقعه ، فهو بهذه المثابة يكون ضرراً مباشراً ، وقد فصلنا الكلام فيه فى المسئولية العقدية . ويمكن القول إن كل ضرر متوقع يكون ضرراً مباشراً ، ولكن ليس كل ضرر مباشر يكون ضرراً متوقعاً ، فمن الأضرار المباشرة ما ليس محتمل الحصول ولا يمكن توقعه . فما هو إذن معيار الضرر المباشر ؟

تعرض الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ من القانون المدنى الجديد لهذه المسألة الهامة ، فتقول :

« إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره ، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول »[1] .

---

(١) تاريخ النص : (الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ فقط — أما الفقرة الثانية من هذه المادة فقد سبق إيراد تاريخها عند الكلام فى المسئولية العقدية : انظر آنفاً فقرة ٤٥١) : ورد هذا النص فى الفقرة الأولى من المادة ٢٩٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويدخل فى ذلك الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص كما هو وأصبح رقمه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٨ من المشروع النهائى . وفى اللجنة التشريعية لمجلس النواب استبدلت بعبارة « ويدخل فى ذلك الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن ... » عبارة « ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن ... » وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع للقاضى معياراً يسترشد به فى تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهى فى الوقت ذاته لاتقيده بهذا المعيار الذى نصت عليه المادة فلا مانع من أن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك . ووافق مجلس النواب على النص كما عدلته لجنته . وكذلك وافقت لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ على النص كما أقره مجلس النواب وأصبح رقمه الفقرة الأولى من المادة ٢٢١ . ووافق مجلس الشيوخ عليه . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٥٦٣ — ص ٥٦٦) .

ويقابل هذا النص فى القانون المدنى القديم المادتان ١٢١/١٧٩ من هذا القانون ، وكانا ينصان على =

فالضرر المباشر إذن هو ما كان نتيجة طبيعية (normal) للخطأ الذى أحدثه ويبقى بعد ذلك أن نعرف ما الذى يعتبر نتيجة طبيعية . يقول النص : « ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول » . وهذا معيار يجمع بين الدقة والمرونة ، نراه لأول مرة فى القانون المدنى الجديد[1] ، وإن كان يمكن استخلاصه من قضاء محكمة الاستئناف المختلطة[2] . فلنطبقه على الأمثلة العملية التى قدمناها .

= ما يأتى : « التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الكسب بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء » .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢٢٢/١ (مطابق) . الليبى ٢٢٤/١ (مطابق) — العراقى م ٢٠٧ (موافق) — اللبنانى م ١٣٤ وم ٢٦١ (موافق) .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد (الشرط الجزائى) أو مقدراً بنص القانون (الفوائد) تولى القاضى تقديره . ويناط هذا التقدير ، كما هو الشأن فى المسئولية التقصيرية ، بعنصرين قوامهما ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب . ويشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه ، سواء أكان أساسه فوات هذا الكسب أم تحقق تلك الخسارة . ويراعى أن عبارة « النتيجة الطبيعية » أمعن فى الدلالة على المقصود من « عبارة النتيجة المباشرة » التى استعملها التقنين المصرى (القديم) مقتدياً فى ذلك بكثير من التقنينات الأخرى . وقد بلغ من أمر إعراض التقنين اللبنانى عن اصطلاح (النتيجة المباشرة) أن نص فى المادة ٢٦١ على وجوب الاعتداد « بالضرر غير المباشر كما يعتد بالضرر المباشر على سبيل التخصيص والإفراد متى كانت له صلة محققة بالتخلف عن الوفاء بالالتزام » . وقد عنى المشروع بتحديد دلالة عبارة (النتيجة الطبيعية) ، تحديداً وافياً ، فنص فى المادة ٢٩٩ على أنها تنصرف إلى الضرر الذى لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه . وقد تقدم عند تفصيل أحكام الخطأ المشترك أن الدائن يقاسم مدينه تبعة الخطأ ، ويحتمل المسئولية عن شق من الضرر إذا امتنع عن دفع هذا الشق متى كان فى استطاعته أن يفعل ذلك ببذل قسط معقول من الحيطة . ومؤدى هذا أن نصيب المدين من تبعة الضرر ينحصر فيما لا يكون للدائن قبل بتوقيه على الوجه الذى تقدمت الإشارة إليه . وهذا هو المقصود بالنتيجة الطبيعية لتخلف المدين عن الوفاء بالالتزام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٤ — ص ٥٦٥) .

(٢) فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه من المبادىء المقررة أن من صدر منه خطأ لا يجب عليه التعويض إلا فى حدود الأضرار التى كان لا يمكن لمن ارتكب ضده الخطأ أن يتوقاها بجهده . وعدم بذل هذا الجهد هو فى ذاته خطأ يوجب المسئولية . فإذا أبطلت إجراءات نزع الملكية على أساس أنها اتخذت على وجه غير قانونى ضد محجور عليه ، لم يجز لورثة المحجور عليه مطالبة الدائن الذى اتخذ هذه الإجراءات بقيمة الثمرات التى انتزعت من مورثهم عن طريق الإجراءات الباطلة ، إذا كان من الثابت أن =

البقرة الموبوءة التى نفقت بعد أن أعدت سائر المواشى فنفقت هـذه أيضاً ، أكان المشترى يستطيع أن يتوقى هذه الأضرار ببذل جهد معقول ؟ ينظر فى ذلك إلى الظروف الملابسة ، والظاهر أنه كان يستطيع ذلك . فتعتبر هذه الأضرار أضراراً مباشرة . أما العجز عن الزراعة ، وعن وفاء الديون ، وحجز الأرض وبيعها بثمن بخس ، فإن هذا كله كان فى وسع المزارع أن يتفاداه ببذل جهد معقول ، إذ كان فى استطاعته أن يعمد إلى مواش أخرى يشتريها أو يستأجرها لزراعة أرضه ، فتقف بذلك سلسلة الأضرار المتلاحقة التى أصابته من جراء موت المواشى . ومن ثم تعتبر هذه الأضرار أضراراً غير مباشرة لا محل للتعويض عنها .

آلات الوابور التى تلفت بسبب الحادث الذى وقع للقطار ، أكان صاحبها يستطيع أن يتوقى تلفها ؟ ظاهر أنه كان لا يستطيع ذلك ، فيعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً يجب تعويضه . أما تعذر الانتفاع بالبئر الارتوازية ، فتلف الزراعة ، والعجز عن رى الأطيان المجاورة ،

= قيم المحجور عليه ومن بعده الورثة ، وكانوا على علم بهذه الإجراءات ، أبطأوا فى رفع دعوى البطلان ، فكنوا بخطئهم هـذا للضرر من أن يقع (استئناف مختلط ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٣) — كذلك إذا أبطلت إجراءات نزع الملكية وحكم مرسى المزاد لعدم إنذار الحائز للعقار من جـراء إغفال ذكر اسمه فى الشهادة العقارية التى أعطيت للدائن الحاجز ، فلقلم الكتاب ، فى اندفاع عن نفسه فى دعوى تعويض ترفع عليه من الحائز عن المدة التى نزع منه فيها العقار ، أن يتمسك بأن الحائز كان على علم بالإجراءات التى اتخذت ، وبأنه إذا لم يكن ملزماً بتصحيح الإجراءات بأن يتصرف كما لو كان قد أنذر ، إلا أنه كان من الواجب عليه أن يتوقى الضرر الذى كان لا بد أن ينجم من جراء نزع العقار من يده (استئناف مختلط فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٥٧) . وقضت هـذه المحكمة أيضاً بأن الطرف الذى يطالب بتعويض الضرر يجب أن يكون قد قام من جهته بكل ما هو ضرورى لتوقى هذا الضرر (استئناف مختلط فى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٠٤) . انظر أيضاً : استئناف مختلط فى ١٥ يناير ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٥٣ — وفى ٣ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٠٤ — محكمة مصر المختلطة التجارية فى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٣ ص ١٩٢ — محكمة المنصورة المختلطة الجزئية فى ٢٢ مايو سنة ١٩٢٠ جازيت ١١ رقم ٨ ص ١١ .

ولـكن لا يلام المضرور إذا هو لم يقبل إجراء عملية خطيرة مؤلمة ، ولا يحتج عليه بهذا الرفض للقول بأنه أخطأ فى عدم تلافى الضرر الذى أصابه (استئناف مختلط فى ٣ مايو سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ٦ ص ٢) .

وعدم الانتفاع بالأرض التى حفر البئر فيها والأرض التى أعدت لوضع الوابور ، فكل هذه أضرار غير مباشرة إذ كان صاحب الأرض يستطيع أن يتفاداها بالالتجاء إلى طريق آخر للرى[١] .

سحب الرخصة خطأ من متجر يتجر فى الآثار ، وما ترتب على ذلك من تحرير محضر مخالفة لصاحبه ، ومهاجمة منزله ، ونزع اللوحة المعلقة ، كل هذه أضرار مباشرة ، لأن صاحب المتجر لم يكن يستطيع تلافيها ببذل جهد معقول[٢] .

ونرى من ذلك أن المعيار الذى أتى به القانون الجديد يستقيم فى الأمثلة التى تقع فى الحياة العملية ، وهو معيار يجمع كما رأينا بين الدقة والمرونة[٣] .

---

(١) ويلاحظ أن العجز عن رى الأطيان المجاورة قد لا يكون ضرراً إذا اعتبر تلف آلات الوابور قوة قاهرة تعفى صاحب الأرض من التزامه برى هذه الأطيان . أما عدم الانتفاع بالأرض التى حفر فيها البئر فقد يكون ضرراً مباشراً يعوض عنه ، إذا عدم صاحب الأرض الوسيلة للانتفاع بهذه الأرض عن طريق آخر . هذا ويعتبر ضرراً مباشراً يعوض عنه الفرق فى تكاليف الرى إذا كانت الطريقة التى لجأ إليها صاحب الأرض لرى أرضه أشد مؤونة ولم يكن فى وسعه الالتجاء إلى طريقة أقل كلفة .

(٢) والآلة الزراعية حديثة الاختراع التى تلفت بفعل أمين النقل ، لم تكن الشركة تستطيع أن تتوقى تلفها ، ويعتبر هذا التلف ضرراً مباشراً . أما فشل التجربة ، وما ترتب على هذا الفشل من انصراف المشترى وكبار المزارعين عن شراء الآلة وأمثالها ، فإن هذا كله كانت الشركة تستطيع توقيه ببذل جهد معقول لو أنها لم تعرض للتجربة هذه الآلة التالفة ، واستعاضت عنها بآلة صالحة ، فهذه إذن أضرار غير مباشرة .

(٣) وهو ، بعد ، ليس بالمعيار الوحيد ، فقد رأينا أن لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب تقول فى تقريرها : « وأرادت اللجنة بهذا التعديل أن تضع للقاضى معياراً يسترشد به فى تقدير ما يعتبر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء ، وهى فى الوقت ذاته لا تقيده بهذا المعيار الذى نصت عليه المادة ، فلا مانع من أن يتخذ معياراً آخر إذا رأى ذلك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٦٦) . وهناك أحوال لا ينطبق فيها هذا المعيار ، ومع هذا لا يوجد شك فى أن الضرر غير مباشر . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا رفضت الإدارة تجديد رخصة لإحدى شركات النقل وكانت مخطئة فى عدم تجديد الرخصة ، كانت مسئولة عن تعويض هذه الشركة عما أصابها من ضرر ، ولكنها لا تكون مسئولة عن تعويض بائع عربات النقل إذا أصابه ضرر من جراء عدم تجديد الرخصة بفوات صفقات كان من المنتظر أن يعقدها مع الشركة التى لم تجدد رخصتها (استئناف مختلط فى ٧ نوفبر سنة ١٩٤٠م ٥٣ ص٨). ويلاحظ هنا أن الضرر المشكو منه قد أصاب شخصين لا شخصاً واحداً : الشركة والضرر الذى أصابها ضرر مباشر ، وبائع عربات النقل والضرر الذى أصابه ضرر غير مباشر .

ومن اليسير تأصيله بأن المضرور إذا لم يبذل جهداً معقولا فى توقى الضرر يكون هو أيضاً قد أخطأ ، ومن ثم يوجد خطأ مشترك ، وعلى المضرور أن يتحمل تبعة خطئه بتحمل الأضرار التى تنجم عن هذا الخطأ . فإذا جرح شخص آخر ، فالضرر المباشر الذى ينجم عن

= ويقع فى أحوال أخرى أن يصيب الخطأ الواحد شخصين بالضرر . مثل ذلك أن يتسبب شخص فى غرق شخص آخر ، فيتقدم شخص ثالث لإنقاذ الغريق فيغرق معه . فهل مرتكب الخطأ يكون مسئولا أيضاً عن غرق المنقذ على أساس أن هذا الضرر إنما هو نتيجة مباشرة لخطئه ؟ قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يكون مسئولا عن غرق المنقذ ، ولكن إذا تبين أن هذا قد خاطر مخاطرة غير مألوفة (لارتفاع النيل) لإنقاذ الغريق الأول ، كان هناك خطأ مشترك يترتب عليه تخفيض التعويض (استئناف مختلط فى ٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٦١ — وقد وضعت المحكمة معياراً لمعرفة ما إذا كان الضرر مباشراً فى مثل هذه الأحوال . فإذا كان تدخل الغير لإنقاذ شخص من خطر وضع فيه بخطأ المدعى عليه إنما هو اندفاع طبيعى من الغير أملاه قيام هذا الخطر ، كان الضرر الذى يصيب الغير من جراء تدخله ضرراً مباشراً يجب التعويض عنه . وتنقل المحكمة فى هذا الحكم عن قضية إنجليزية معروفة (Wagner contre Int. R. Co Corpus Juris. C. 45 p. 481) العبارات الآتية : « الخطر يستدعى الإنقاذ . وصرخة الاستغاثة هى دعوة إلى النجدة . وليس القانون بالذى يتجاهل انفعالات العقل هذه عندما يربط التصرف بنتائجه ، بل هو يعترف بها نتائج مألوفة ، ويضع ما يترتب عليها من أثر فى حدود الأمور الطبيعية التى يغلب وقوعها . والخطأ الذى يتهدد حياة بالخطر هو خطأ يرتكب ضد المصاب المهدد ، وهو فى الوقت ذاته خطأ يرتكب ضد من يتقدم لإنقاذه » — (Danger invites rescue. The cry of distress is the summons to relief. The law does not ignore these reactions of the mind in tracing conduct to its consequences. It recognizes them as normal. It places their effects with the range of the natural and probable. The wrong that imperils life is a wrong to the imperiled victim. it is wrong also to his rescuer).

وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا تدخل شخص من تلقاء نفسه فى عمل بقصد منع الضرر عن الغير ، كما إذا تدخل لوقف جواد جمح من سائقه ، فنتج عن تدخله ضرر لشخصه ، فإن من يكون مسئولا عن الحادثة فيما لو وقع الضرر للغير ، يكون مسئولا أيضاً عن الضرر الذى أصاب ذلك الشخص ، وليس له أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بدعوى أن ذلك الشخص أخطأ فى تدخله فى الحادثة إذا كان هذا التدخل حصل بقصد القيام بعمل إنسانى (استئناف وطنى فى ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩٥ ص ١٧٥) .

ويلاحظ أننا نبحث هنا فى علاقة المسئول عن الخطأ بالغير الذى يتقدم لإنقاذ المضرور . أما فى علاقة هذا الغير بالمضرور نفسه ، فالغير فضولى بالنسبة إليه ، وله طبقاً لقواعد الفضالة أن يرجع عليه بما يصيبه من ضرر (انظر فى موضوع من يتقدم للانقاذ sauveteur مازو ٢ فقرة ١٤٩٩ وهو يوجه النظر إلى أن المنقذ قد يتقدم للانقاذ عن رعونة ، فيكون هذا محل اعتبار) .

الجرح يتحمله المسئول ، والضرر غير المباشر الذى ينجم عن إهمال المضرور فى علاج نفسه يتحمله المضرور .

ونستخلص من ذلك أن الأضرار المباشرة ، أى الأضرار التى تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدثها وهى التى كان المضرور لا يستطيع توقيها ببذل جهد معقول ، هى وحدها التى تحتفظ من الناحية القانونية بعلاقة السببية بينها وبين الخطأ . أما الأضرار غير المباشرة ، وهى التى لا تكون نتيجة طبيعية للخطأ الذى أحدث الضرر ، فتنقطع علاقة السببية بينها وبين الخطأ ، ولا يكون المدعى عليه مسئولا عنها[1] .

الفرع الثانى

آثار المسئولية

٦١١ — دعوى المسئولية وجزاؤها (التعويض) : إذا توافرت أركان المسئولية — خطأ وضرر وعلاقه سببية بينهما — تحققت المسئولية ، وترتبت عليها آثارها ، ووجب على المسئول تعويض الضرر الذى أحدثه بخطئه .

فالتعويض إذن هو الحكم الذى يترتب على تحقق المسئولية ، وهو جزاؤها . ويسبق ذلك دعوى المسئولية ذاتها ، ففى الكثرة الغالبة من الأحوال لا يسلم المسئول بمسئوليته ، ويضطر المضرور إلى أن يقيم عليه الدعوى .

فنستعرض فى مبحثين متعاقبين : (١) دعوى المسئولية (٢) وجزاء المسئولية (التعويض) .

---

(١) [انظر فى الضرر المباشر : بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٦٢٢ — دى باج جـ ٢ بند ٩٥٢ مكرر — مارتى ورينو (المرجع السابق) بند ٣٧٦ — وانظر كذلك فى امتداد الضرر إلى الغير : دى باج جـ ٢ بند ٩٦٢ ص ٩٠٩ وهامش ٧ والمراجع المشار إليها — مارتى ورينو (المرجع السابق) بند ٣٨٤ و ٣٨٥] .

المبحث الأول

دعوى المسئولية[1]

(Action en responsabilité)

٦١٢ — مسائل أربع : نستعرض المسائل الأربع الآتية : (١) طرفى الدعوى : المدعى والمدعى عليه (٢) الطلبات والدفوع ، ويدخل فى ذلك تقادم دعوى المسئولية (٣) الإثبات : عبأه ووسائله (٤) الحكم الصادر فى دعوى المسئولية وطرق الطعن فيه ، وبخاصة طريق النقض .

المطلب الأول

طرفا الدعوى

§ ١ — المدعى

٦١٣ — المدعى هو المضرور : المدعى فى دعوى المسئولية هو المضرور . وهو الذى يطالب بالتعويض . فغير المضرور ليس له حق فى التعويض . والمضرور ، هو أو نائبه أو خلفه ، يثبت له هذا الحق . ويثبت الحق لكل مضرور . فالمدعى إذن هو المضرور ، وكل مضرور[2] . ولا أحد غير المضرور .

(١) غير المضرور ليس له حق فى التعويض :

٦١٤ — التبرع بالتعويض لجهة خيرية : بديهى أن غير المضرور لا يستطيع أن

---

(١) [انظر بيدان جـ ٩ مكرر ص ٢٥٤ بند ١٦٣٨ وما بعده] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس فى القانون ما يمنع من أن يكون المضرور من الجريمة أى شخص ولو كان غير المجنى عليه . ما دام قد ثبت قيام هذا الضرر وكان ناتجاً عن الجريمة مباشرة : نقض جنائى فى ١٥/١٢ سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض سنة ٦ رقم ١٠١ ص ٣٠٠] .

يطالب بتعويض عن ضرر لم يصبه[1] . ولكن يقع كثيراً — وبخاصة فى الأضرار الأدبية — أن يعلن المضرور عن رغبته فى النزول عما يحكم له به من تعويض لجهة خيرية أو لمؤسسة تعمل للمصلحة العامة . والمحظور أن يطلب المضرور من المحكمة القضاء مباشرة بالتعويض لهذه الجهة . ولا تستطيع المحكمة فى هذه الحالة أن تجيبه إلى هذا الطلب ، لأن الجهة الخيرية التى عينها المضرور لم يصبها أى ضرر ، فلا يجوز الحكم لها مباشرة بتعويض . أما إذا طلب المضرور الحكم بالتعويض لنفسه وأعلن فى الوقت ذاته عن رغبته فى النزول عن هذا التعويض لجهة خيرية ، فلا شىء يمنع من ذلك . ويجوز أن يشير الحكم إلى هذا الأمر ، ولا يكون فى هذه الإشارة مخالفة للقانون تستوجب نقض الحكم[2] .

فإذا وقع ذلك بقى أن نعرف هل تكسب الجهة الخيرية حقاً قبل المضرور فى أن ينزل لها عن التعويض الذى قضى له به ؟ إذا طبقنا القواعد العامة ، رأينا أن المضرور لا يلتزم بإرادته المنفردة نحو الجهة الخيرية ، لأن الإرادة المنفردة لا تلزم صاحبها إلا فى أحوال منصوص عليها ، ليست هذه الحالة منها . ولكن يجوز أن يعتبر إعلان المضرور

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأنه إذا خالف أحد المزارعين القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٧ الذى حرم زراعة أكثر من الثلث قطناً ، وجنى محصول القطن المزرع فيما زاد على الثلث وباعه ، فليس لوزارة الزراعة أن تطالبه بدفع ثمن القطن إليها ، لأنها لم يصبها ضرر معين ، والضرر الذى أصاب المصلحة العامة يكفى فيه العقاب الجنائى (استئناف أسيوط فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٨٢/٢/ ص ٧٧٤) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت المحكمة للمجنى عليه بالتعويض على أساس أنه طلبه لنفسه مقابل الضرر الذى لحقه من الجريمة ، قائلة « إنه وإن كان قد ذكر أنه مستعد بعد الحكم للتبرع بالمبلغ الذى يحكم له به لجهات الخير ، فإنها مع ذلك تقضى له به ، وهو وشأنه فيه بعد الحكم » ، فهذا منها لا شائبة فيه (نقض جنائى فى ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢١٦ ص ٥٢٠) . انظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مختلط فى ٢١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٣٤ — وفى ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٠٥

[وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يوجد فى القانون المصرى ما يحرم الحكم بتحويل المبلغ المقضى به كتعويض للمدعى بالحقوق المدنية إلى جمعية خيرية والتحريم فى بعض القوانين الأخرى قد صدرت به نصوص صريحة لو لاها لما قالوا به .

نقض جنائى فى ١٩٤٦/١٠/٢١ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها الدائرة الجنائية بمحكمة النقض خلال ٢٥ عاماً ص٦٣٨ بند ٢٥١] .

رغبته فى النزول عن التعويض للجهة الخيرية إيجاباً منه يعد فيه بهبة حق ثابت له ، ستقوم المحكمة بتحديد مقداره . فإذا قبلت الجهة الخيرية هذا الإيجاب أصبح المضرور ملتزماً بهذا الوعد بالهبة ، مع مراعاة أن الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية (م ٤٩٠ من التقنين المدنى الجديد)[١] .

(ب) حق التعويض للمضرور :

٦١٥ — *المضرور أو نائبه* : المضرور هو الشخص الذى يحق له أن يطالب بالتعويض. ويقوم نائبه مقامه فى ذلك .

ونائب المضرور ، إذا كان هذا قاصراً ، هو وليه أو وصيه . وإذا كان محجوراً ، هو القيم وإذا كان مفلساً هو السنديك وإذا كان وقفاً هو ناظر الوقف . وإذا كان رشيداً ، فنائبه هو الوكيل .

٦١٦ — *خلف المضرور* : بقى الخلف ، عاماً كان أو خاصاً . وهؤلاء هم الوارث والدائن والمحال له . وهنا يجب التمييز بين التعويض عن الضرر المادى والتعويض عن الضرر الأدبى .

فإذا كان التعويض عن ضرر مادى — تلف مال أو إصابة فى الجسم أعجزت عن العمل — فإن الحق فى التعويض ، وقد ثبت للمضرور ، ينتقل منه إلى خلفه . فيستطيع وارث المضرور أن يطالب بالتعويض الذى كان مورثه يطالب به لو بقى حياً[٢] .

---

(١) انظر عكس ذلك مازو ٢ فقرة ١٨٦٨ ص ٦٩٦ — حسين عامر فى المسئولية المدنية فقرة ٤١٧ .

(٢) وينتقل حق التعويض إلى الورثة ، كل بقدر نصيبه فى الميراث (محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٩ نوفبر سنة ١٩٠٣ الحاكم ١٥ ص ٣١٩٢ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٣٥ ص ٧٣ — وفى ١٩ مارس سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٠ ص ٥١ — محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية فى ١٦ سبتمبر سنة ١٨٩٨ القضاء ٦ ص ٧) .

وغنى عن البيان أن الوارث له دعويان : الدعوى التى يرثها عن المضرور فيرفعها بوصفه خلفاً ، ودعواه الشخصية عن الضرر الذى أصابه مباشرة ويرفعها بوصفه أصيلا .

[وقد قضت محكمة النقض بأن للمتهم والمسئول عن الحقوق المدنية أن يحتجا بخطأ المضرور على وارثه فى =

ويستطيع دائن المضرور أن يطالب بهذا التعويض باسم مدينه عن طريق الدعوى غير المباشرة[1] . ويستطيع المضرور أن يحول حقه فى التعويض إلى شخص آخر فينتقل هذا الحق إلى المحال له[2] .

أما إذا كان التعويض عن ضرر أدبى ، فإنه لا ينتقل إلى خلف المضرور إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ما بين المضرور والمسئول أو طالب به المضرور أمام القضاء (م ٢٢٢) . وقد تقدم بيان ذلك بالتفصيل عند الكلام فى الضرر الأدبى وكيف ينتقل التعويض عنه إلى الغير . فإذا تحدد التعويض عن الضرر الأدبى على هذا النحو، بالتراضى أو بالتقاضى ، أمكن أن ينتقل حق التعويض إلى الوارث ، وجاز لدائن المضرور أن يطالب به عن طريق الدعوى غير المباشرة[3] ، وصح للمضرور أن يحوله إلى الغير[4] .

= الشق من التعويض الخاص بحصته الميراثية فى الحق الذى اكتسبه المجنى عليه قبل وفاته فى المطالبة بالتعويض نقض جنائى فى ٩/٤/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٢٤٦ ص ٧٩٥] .

(١) ودائن المضرور عندما يرفع الدعوى غير المباشرة إنما يكون نائباً عن مدينه (م ٢٣٦ من التقنين المدنى الجديد) فالأولى أن يقال إن دائن المضرور نائب لا خلف . ولكن الدائن يوضع عادة مع الخلف .

(٢) وقبل أن نترك التعويض عن الضرر المادى نعرض لحالة خاصة : إذا كان الضرر المادى الذى أصاب المضرور هو الموت بأن اعتدى شخص على حياته فمات فى الحال ، فهل يجوز للوارث أن يطالب بالتعويض بوصفه خلفاً للمضرور ؟ وهل يجوز القول إن الموت ضرر مادى يصيب الميت ؟ لا شك فى ذلك ، فقد فقد الميت أثمن شىء مادى يملكه وهى الحياة . ولا يقال إن كل نفس ذائقة الموت وإن الموت ضرر لا مفر منه وهو قدر محتوم ، ذلك أن المضرور لا يشكو من الموت فى ذاته ، بل يشكو من أنه مات موتاً غير طبيعى وهذا ضرر لا شك فيه . ولا يقال كيف يضار الميت بالموت ، أقبل الموت وهو لما يمت ، أم بعد الموت والميت لا يجوز عليه الضرر ! ذلك أن الميت قد أحاق به الضرر ، لا يقبل الموت ، ولا بعد الموت ، ولكن عند الموت . ويتبين من ذلك أن هناك ضرراً مادياً أصاب الميت ، فللوارث أن يطالب مكانه بتعويض هذا الضرر ، وكذلك للدائن أن يطلب تعويضاً باسم مدينه الميت (أنظر فى هذه المسألة مازو ٢ فقرة ١٩١٢ — وانظر : نقض جنائى فى ١٤ مارس سنة ١٩٤٤ — المحاماة ٢٦ رقم ٢١٢ ص ٥٦٥ وتعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول) .

(٣) ولا يقال إن حق التعويض عن الضرر الأدبى حق متصل بشخص المدين ، فلا يجوز للدائن أن يطالب به باسم مدينه . فإن هذا يصح قبل أن تظهر إرادة المدين قاطعة فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى . أما وقد ظهرت فى صورة اتفاق مع المسئول أو بالمطالبة القضائية ، فقد أصبح حق التعويض حقاً مالياً كسائر الحقوق المالية ، ينتقل إلى الوارث ، ويجوز للدائن استعماله .

(٤) ولكن لا يجوز للمضرور ، قبل الاتفاق أو المطالبة القضائية ، أن يحول حقه إلى الغير ، لأن =

(ج) حق التعويض لكل مضرور :

٦١٧ — *تعدد المضرورين* : قد يتعدد المضرورون من الخطأ الواحد ، ويكون كل مضرور قد أصابه ضرر مستقل عن الضرر الذى أصاب الآخر . مثل ذلك حريق تنشب بخطأ شخص فتحرق منازل عدة ، فصاحب كل منزل قد أصابه بسبب هذه الحريق ضرر مستقل عن الأضرار التى أصابت أصحاب المنازل الأخرى .

وقد يصيب الخطأ الواحد بالضرر شخصين أو أكثر ، ولكن الضرر الذى أصاب أحدهم يكون نتيجة للضرر الذى أصاب الآخرين . مثل ذلك أن يقتل شخص آخر خطأ ، ويكون للمقتول قريب يعوله ، فخطأ القاتل أصاب المقتول بالضرر ؛ وأصاب بالضرر أيضاً من كان المقتول يعوله . والضرر الثانى ليس إلا انعكاساً للضرر الأول ، فهو نتيجة له[1] والفرق بين هذه الحالة والحالة السابقة أن الأضرار فى الحالة السابقة كان كل ضرر منها

= الحق لا يكون عندئذ قابلا للانتقال . على أنه إذا فعل المضرور ذلك بعد أن قدر مبلغ التعويض ، وقبل المسئول هذه الحوالة ، فإن هذا القبول يعتبر اتفاقاً بين المسئول والمضرور على مبدأ المسئولية ومبلغ التعويض ، فيصبح الحق فى التعويض قابلا للتحويل ، وتصح الحوالة فى هذه الحالة .

أما التعويض عن الضرر الأدبى الناشىء عن موت المورث فوراً عند الاعتداء على حياته ، فلا يتصور انتقاله إلى الورثة ، لأن المورث مات فى الحال ، فلم تتح له فرصة الاتفاق مع المسئول ، ولم يتسع الوقت للمطالبة القضائية . وقد يصيب الضرر الأدبى الميت بعد موته فى ذكراه ، فيعمد شخص إلى النيل من سمعته ، فلا يمكن أن يقال فى هذه الحالة إن الميت قد أصابه ضرر من جراء ذلك ، لأن الأموات لا يتضررون . ويترتب على ذلك أنه لا يتصور فى هذه الحالة انتقال حق فى التعويض من الميت إلى ورثته ، لا لأن التعويض عن الضرر الأدبى لا ينتقل إلى الوارث فحسب بل أيضاً لأن الضرر منتف عن الميت بعد موته ، ولكن قد يتأذى الوارث شخصياً من جراء النيل من سمعة مورثه ، فيجوز له عندئذ أن يطالب بوصفه أصيلا بتعويض عن الضرر الأدبى الذى أصابه . ويجب فى اعتبار هذا الضرر الأدبى التوفيق بين واجبين يلزمان من نال من سمعة الميت : واجبه كمؤرخ يسرد الحقائق على وجهها الصحيح خدمة للعلم والتاريخ ، وواجبه فى ألا ينال من سمعة الأحياء من جراء قدحه فى سيرة الأموات دون مبرر (انظر فى هذه المسألة مازو ٢ فقرة ١٩٢٢ — فقرة ١٩٢٩) .

(١) ويقول الفرنسيون إن الضرر الثانى هو ارتداد للضرر الأول، فهو ضرر مرتد (par ricochet) . انظر فى التعويض عن الضرر المرتد تعليق الدكتور سليمان مرقس المشار إليه فى مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الأول .

مستقلا عن الأضرار الأخرى ، أما فى الحالة التى نحن بصددها فالأضرار تتصل فيما بينها اتصال السبب بالمسبب .

وفى الحالتين — سواء كانت الأضرار مستقلة بعضها عن بعض أو كانت بعضها لبعض سبباً — يكون لكل مضرور دعوى شخصية مستقلة يرفعها باسمه خاصة دون أن يتأثر بدعاوى الآخرين[1] . ولا تضامن ما بين المضرورين ، بل يقدر القاضى تعويض كل منهم على حدة .

٦١٨ — الضرر الذى يصيب الجماعة : وقد يقع الضرر على جماعة ، لا على فرد أو على أفراد متعددين ، فمن عسى أن يكون المضرور فى هذه الحالة ، هل هم الأفراد الذين تتكون منهم الجماعة ، أو هى الجماعة ذاتها ؟ يجب التمييز هنا بين ما إذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، أو كانت لا تتمتع بهذه الشخصية .

فإذا كانت الجماعة ذات شخصية معنوية ، كشركة أو جمعية أو نقابة أو شخص معنوى عام ، وجب التمييز بين المصلحة الفردية (intérêt individuel) لأى فرد من الأفراد التى تتكون منها هذه الجماعة ، والمصلحة الجماعية الشخصية (intérêt social personnel) للشخص المعنوى ذاته ، والمصلحة الجماعية العامة (intérêt collectif) التى يقوم عليها هذا الشخص المعنوى باعتباره منتمياً إلى حرفة معينة . ولنضرب لذلك مثلا النقابة — نقابة المحامين أو نقابة الأطباء أو نقابة المهندسين أو نقابة من نقابات العمال أو أصحاب العمل أو أية نقابة أخرى — فكل عضو فى هذه النقابة له مصلحة فردية يحميها القانون ، فإذا

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون وأخطأ فى تأويله ، إذ خلط بين شروط قبول الدعوى المؤسسة على تقليد العلامة التجارية وبين شروط الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة وتطلب لقبول الدعوى الأخيرة أن ترفع من مالك العلامة التجارية وعلى من قام بتقليدها مع أن هذا شرط لقبول الدعوى المؤسسة على تقليد العلامة التجارية على عكس الدعوى المؤسسة على المنافسة غير المشروعة فإنها تكون مقبولة من كل من ناله ضرر بسببها وعلى كل من شارك فى إحداث هذا الضرر متى توفرت شروطها وهى الخطأ والضرر وقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر .

نقض مدنى فى ١٤/٦/١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ١٠١ ص ٧٢٣] .

وقع اعتداء على هذه المصلحة كان لهذا الفرد المضرور دعوى شخصية قبل المسئول ، كما إذا منعت نقابة أحد أعضائها من ممارسة مهنته دون حق فيجوز لهذا العضو أن يرجع على النقابة لحماية مصلحته الفردية . وللنقابة كشخص معنوى مصالح جماعية شخصية ، فهى تملك مالا ولها نشاط مهنى وتتعاقد وتمارس اختصاصاتها المختلفة ، فإذا وقع اعتداء على مصلحة شخصية لها من هذا القبيل ، كانت النقابة كشخص معنوى هى المضرور ، كما إذا ارتكب أحد مديرى النقابة خطأ فى إدارته سبب خسارة للنقابة ، وفى هذه الحالة ترجع النقابة بالتعويض على المسئول ، ولا يجوز لأى عضو من أعضاء النقابة أن يعتبر نفسه هو المضرور فيرجع بصفته الشخصية على المسئول[1] . والنقابة كشخص معنوى يعهد إليه القانون بالدفاع عن المصالح العامة لمهنة معينة لها أن ترجع على أى شخص اعتدى على هذه المصالح العامة ، ولو لم تكن لها فى ذلك مصلحة شخصية . فنقابة العمال لها أن ترجع على صاحب عمل لم يراع قوانين العمل فى مصنعه ، بأن جعل العمال يعملون أكثر من الساعات المقررة للعمل ، أو استخدم الصبية أو النساء دون أن يراعى القيود التى قررها القانون ، حتى لو لم يكن العمال أو الصبية أو النساء الذين استخدمهم صاحب العمل أعضاء فى النقابة ، إذ النقابة هنا تمثل الصالح العام لجميع العمال سواء كانوا داخلين فى عضويتها أو غير داخلين. أما إذا كان العمال داخلين فى عضويتها ، فإنها تكون بذلك قد توفرت لا على مصلحة عامة للمهنة فحسب ، بل أيضاً على مصلحة جماعية شخصية ، وكلتا المصلحتين تبرر رجوعها على صاحب العمل . وقيام المصلحة الجماعية العامة يتحقق بالنسبة إلى النقابات دون الشركات والجمعيات ، فإن هذه لا تمثل المصالح العامة للمهنة أو للطائفة التى تنتسب إليها . أما الأشخاص المعنوية العامة ، كالدولة والمحافظات والمدن والقرى ، فتختلط بالنسبة إليها المصالح الشخصية بالمصالح العامة ، إذ الدولة تمثل مجموع السكان فمصالح هذا المجموع وهى المصالح العامة هى

(١) انظر فى القضاء الفرنسى وتضارب أحكامه مازو ٢ فقرة ١٨٧٨ — ٧ إلى فقرة ١٨٧٨ — ١٤ — وانظر فى تدخل النقابات أمام القضاء الإدارى فالين فى الرقابة القضائية على الإدارة — القاهرة سنة ١٩٤٩ — ص ١١٤ — ص ١١٥ .

أيضاً المصالح الشخصية للدولة ، والمحافظة تمثل مجموع سكان المحافظة فمصالح هذا المجموع هي المصالح العامة والمصالح الشخصية للمحافظة في وقت واحد . وهكذا قل عن سائر الأشخاص المعنوية العامة (١) .

وإذا كانت الجماعة لا تتمتع بشخصية معنوية ولكنها تنتمي إلى مهنة أو طائفة معينة ، كرجال الجيش ورجال القضاء ورجال الإدارة والمعلمين والخبراء والمحضرين والجامعيين والأزهريين واليهود ومهاجري فلسطين ، وجب أن نلاحظ أن لهذه الجماعة مصالح عامة . فهل الاعتداء على هذه المصالح يجيز للجماعة ، وهي لا تتمتع بشخصية معنوية ، أن ترجع بالتعويض على المعتدي ؟ تقضي القواعد العامة بعدم جواز ذلك ، فالجماعة مادامت لا تتمتع بالشخصية المعنوية ليست شخصاً له ذمة مالية ، ولا تستطيع أن تقاضي ولا أن تقاضى ، ولا يمكن أن تترتب مسئولية في ذمتها ولا أن يكون لها حق في الرجوع على المسئول . وأكثر مايكون الاعتداء على المصالح العامة لهذه الجماعات أن يكون اعتداء على مصالحها الأدبية ، كالقذف في حقها أو الحط من كرامتها أو تلويث سمعتها . ففي مثل هذه الأحوال لا يجوز لأحد أن يتقدم باعتباره ممثلا للجماعة يطالب المسئول بالتعويض . وإنما يجوز لأي فرد من أفراد الجماعة — أو أي شخص معنوي داخل هذه الجمعية كجمعية المعلمين أو نادي الجامعيين أو جمعية إسرائيلية ، أن يطالب المسئول بالتعويض ، ويشترط في ذلك أن يثبت ليس فحسب أن المسئول قد اعتدى على المصلحة العامة للجماعة ، بل أيضاً أن هذا الاعتداء على المصلحة العامة قد لحقه منه ضرر شخصي (٢) .

---

(١) وكذلك الحال في النقابات الإجبارية ، كنقابة المحامين ونقابة الأطباء ونقابة المهن الهندسية ، ففي هذه النقابات التي تجمع إجبارياً جميع رجال المهنة تختلط المصالح الشخصية للنقابة بالمصالح العامة للمهنة .

(٢) انظر في موضوع الضرر الذي يصيب الجماعة مازو ٢ فقرة ١٨٧٨ — فقرة ١٨٩٩ .

§ ٢ — المدعى عليه

٦١٩ — المدعى عليه هو المسئول أو نائبه أو خلفه : المسئول هو الذى يكون مدعى عليه فى دعوى المسئولية ، سواء كان مسئولا عن فعله الشخصى أو مسئولا عن غيره أو مسئولا عن الشيء الذى فى حراسته . ويجوز رفع دعوى المسئولية على المسئول عن الغير وحده دون إدخال المسئول الأصلى ، وما على المسئول الذى رفعت عليه الدعوى إلا أن يدخل المسئول الأصلى ضامناً .

ويقوم مقام المسئول نائبه . فإذا كان المسئول قاصراً ، كان نائبه هو وليه أو وصيه[1] . وإذا كان محجوراً ، كان النائب هو القيم . وإذا كان مفلساً ، فالسنديك . وإذا كان وقفاً ، فالناظر . وإذا كان رشيداً بالغاً ، فالوكيل .

ويحل محل المسئول خلفه . والخلف هنا هو أولا الوارث . ولما كان الوارث فى الشريعة الإسلامية لا يرث التركة إلا بعد سداد الديون ، فالتركة تكون هى المسئولة بعد موت المسئول ، وأى وارث يمثل التركة فى دعوى المسئولية . وما على المضرور إلا أن يرفع الدعوى على كل الورثة أو على أحدهم ، فيحكم له بالتعويض قبل من رفع عليه الدعوى ، ويتقاضى حقه كاملا من التركة . ويجوز أيضاً أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين . كما إذا باع صاحب المتجر متجره واشترط على المشترى أن يفى بجميع الديون التى تثبت فى ذمة المتجر ويكون من هذه الديون تعويض لمتجر آخر بسبب منافسة غير مشروعة . فيكون المدعى عليه فى هذه الحالة هو المشترى للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً للمسئول ، وقد انتقل إليه دين التعويض عن طريق الحوالة ، وحوالة الدين جائزة فى

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت الدعوى المدنية وجهت إلى المتهم القاصر بصفته الشخصية مع أن له من يمثله قانوناً وهو فى هذه الدعوى والده ولم ترفع الدعوى على الوالد بهذه الصفة فإن المحكمة إن قبلتها على الصورة التى رفعت بها تكون قد أخطأت فى القانون . نقض جنائى فى ١٤/٥/١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ رقم ١٣٩ ص ٥٠٩] .

التقنين المدنى الجديد[1] . ولا يتصور هنا أن يكون المدعى عليه هو دائن المسئول كما تصورنا ذلك فى المدعى ، فإنه إذا كان للدائن أن يستعمل حقوق مدينه فليس عليه الوفاء بالتزامات المدين[2] . وإذا كان المسئول شخصاً معنوياً وانحل ، فجميع ما له بعد التصفية يكون مسئولا عن التعويض[3] .

٦٢٠ — *تعدد المسئولين* : سبق أن ذكرنا أن المادة ١٦٩ من التقنين المدنى الجديد قضت بأنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض . فتعدد المسئولين يجعل كل مسئول مدعى عليه ، ويجعلهم جميعاً متضامنين فى المسئولية[4] . وما داموا متضامنين فإن المدعى يستطيع أن يقيم الدعوى

(١) ويلاحظ أن المشترى فى هذا المثل هو خلف خاص للبائع بالنسبة إلى المتجر ، وخلف خاص المدين (وهو البائع) بالنسبة إلى الدين المحال به . وترفع عليه دعوى المسئولية باعتباره خلفاً خاصاً للمدين . أما إذا لم تكن هناك حوالة للدين ، فلا يكون مشترى المتجر ملتزماً به ولو أنه خلف خاص بالنسبة إلى المتجر (انظر فى هذا المعنى : استئناف مختلط فى ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٢٣ — وفى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٥٠ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٦٠) .

(٢) ويجوز للدائن فى دعوى المسئولية أن يرجع على مدين المسئول بالدعوى غير المباشرة ، ولكن الرجوع فى هذه الحالة لا يكون بدعوى المسئولية ذاتها . كما يجوز للدائن أن يحجز تحت مدين المسئول حجز ما للمدين لدى الغير .

(٣) مازو ٢ فقرة ١٩٩٩ .

(٤) ومبدأ المسئولية بالتضامن إذا تعدد المسئولون عن عمل غير مشروع قرره القانون القديم فى المادتين ١٥٠/٢١١ كما قدمنا : نقض جنائى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ٢٧ ص ٦٥ — وفى ١٧ فبراير سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٥٤ ص ١١١ — وفى ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٩ ص ٧٠ — استئناف وطنى فى ٨ يونية سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٦ (يصح عدم إدخال التابع فى الدعوى مع المتبوع إذ هما مسئولان بالتضامن) — استئناف مختلط فى ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٩٦ — وفى ٢٩ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤١ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ — وفى ٣ فبراير ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٢٧ — وفى ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ — وفى ١٠ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٨ .

ويقول دى هلتس (Respons. No. 55) ان التضامن قائم حتى لو لم يذكر فى الحكم لأن مصدره =

عليهم جميعاً ، كما يستطيع أن يختار منهم من يشاء فيقصر الدعوى عليه دون غيره ، ويطالبه بالتعويض كاملا[1] . ذلك أن التضامن يقضى بأن كلا منهم يكون مسئولا قبل المضرور عن التعويض كله ، ثم يرجع من دفع التعويض على الباقى كل بقدر نصيبه بحسب جسامة الخطأ أو بالتساوى على النحو الذى قدمناه .

ويجب حتى يقوم التضامن بين المسئولين المتعددين أن تتوافر شروط ثلاثة :

١ — أن يكون كل واحد منهم قد ارتكب خطأ[2] . فلا تكون ورثة المسئول متضامنين إلا باعتبار أن التركة هى المسئولة ، أما هم فلا تضامن بينهم لأن أحداً منهم لم يرتكب خطأ ، بل المورث هو الذى صدر منه الخطأ .

٢ — أن يكون الخطأ الذى ارتكبه كل منهم سبباً فى إحداث الضرر ، فإذا أطلق جماعة من الصيادين خطأ بنادقهم فى وقت واحد ، فأصيب أحد العابرة برصاصة من أحدهم ، فإن الباقى لا يكونون مسئولين معه بالتضامن لأن الأخطاء التى وقعت منهم لم تكن سبباً فى إحداث الضرر ، بل لا يكونون مسئولين أصلا لأنهم لم يحدثوا ضرراً ما .

= القانون . ولكن محكمة مصر الكلية الوطنية قضت بأنه إذا حكم بالتعويض وأغفلت المحكمة ذكر التضامن ، فلطالب التعويض أن يطلب منها تفسير الحكم والنص على التضامن لمنع الإشكال فى التنفيذ (٢١ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٥١ ص ٣٤٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى المدنى رفع دعواه المدنية أمام محكمة أول درجة على المتهم هو وآخر ، فقضت المحكمة بالحكم على الطاعن بالعقوبة وبالتعويض المدنى ، وبرأت المتهم هو الآخر ورفضت الدعوى المدنية قبله ، فلم يستأنف المدعى المدنى واستأنفت النيابة . فقضت المحكمة الاستئنافية بإدانة المتهم الآخر المحكوم ببراءته ابتدائياً وأيدت الحكم الابتدائى على الطاعن ، ولما لم تكن الدعوى المدنية قد استؤنفت أمامها بالنسبة إلى هذا الآخر فلم يكن هناك سبيل للحكم عليه بشىء من هذا التعويض ، وليس هناك ما يمنع قانوناً من إلزام الطاعن وحده بتعويض كل الضرر الناشىء عن ارتكابه الجريمة ولو ارتكبها مع غيره (نقض جنائى فى ١٦ فبراير سنة ١٩٤٨ المحاماة ٢٩ رقم ٧٠ ص ٨٤) .

(٢) [قضت محكمة النقض بأن التضامن فى التعويض بين المسئولين عن العمل الضار واجب طبقاً للمادة ١٦٩ من القانون المدنى يستوى فى ذلك أن يكون الخطأ عمدياً أو غير عمدى.

نقض جنائى فى ١٩٥٢/٣/٢٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ٢٤١ ص ٦٤٩] .

٣ — أن يكون الضرر الذى أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذى أحدثه الآخرون ، أى أن يكون الضرر الذى وقع منهم هو ضرر واحد[١] . فإذا سرق أحد اللصوص عجلة السيارة ، وجاء لص آخر فسرق من السيارة بعض الآلات ، لم يكن اللصان متضامنين لأن كلا منهما أحدث بخطئه ضرراً غير الضرر الذى أحدثه الآخر[٢] .

هذه هى الشروط الثلاثة التى يجب توافرها ليكون المسئولون المتعددون متضامنين فى المسئولية . ومتى توافرت تحقق التضامن دون حاجة لأى أمر آخر . فلا ضرورة لأن يكون هناك تواطؤ ما بين المسئولين أو أن ترتكب الأخطاء فى وقت واحد ، فإذا حاول لص سرقة منزل فنقب فيه نقباً ثم ذهب يستحضر ما يستعين به على السرقة ، فأتى

---

(١) وقد يكون أحد المسئولين أحدث الضرر كله والآخر لم يحدث إلا بعضه ، فيكونان مسئولين بالتضامن فى البعض الذى اشتركا فيه ، وينفرد الأول بالمسئولية عما استقل بإحداثه . مثل ذلك مخفى بعض الأشياء المسروقة ، تقتصر مسئوليته بالتضامن مع السارق على مقدار ما أخفى (نقض جنائى فى ١٦ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٩ ، ص ٧٠ — وأنظر أيضاً محكمة مصر الابتدائية المختلطة فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٧٤) .

أما إذا لم يثبت أن الضرر واحد ، كله أو بعضه ، فلا تضامن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الواقعة الثابتة هى أن أحد المتهمين ضرب المجنى عليه فأصاب موضعاً من جسمه ، والآخر ضربه فأصاب موضعاً آخر منه ، وكانت الدعوى لم ترفع على أساس اتفاق أو إصرار سابق من المتهمين على الاعتداء ، فإنه يجب إذا كانت المحكمة ترى الحكم عليهما بالتضامن فى التعويض أن تبين فى حكمها الأساس الذى تقيمه عليه بما يتفق والأصول المرسومة له فى القانون ، فتذكر وجه مساءلة كل من المحكوم عليهما عن الضرر الناشىء من الضربتين مجتمعتين لا عن الضربة الواحدة التى أحدثها هو . فإذا هى لم تفعل ولم تتعرض للتضامن ، فإن المسئولية لا تكون تضامنية ولا تصح مطالبة كل منهما إلا بنصف المبلغ المحكوم به عليهما فقط (نقض جنائى فى ١٥ يناير سنة ١٩٤٥ المحاماه ١٧ رقم ١٠٣ ص ٢٥٤) .

(٢) فتجب إذن وحدة الضرر واشتراك كل المسئولين فى إحداثه : استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٣٢٤ — وفى ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٥ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٣٥ — محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ ص ٢٠٣ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه لا محل لتضامن المتهم فى التعويض عند اختلاف الضرر واستقلال كل منهم بما أحدثه ولو وقعت تلك الأفعال جميعاً فى مكان واحد وزمان واحد : نقض جنائى فى ١٩٥٤/١٠/١١ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ١٨ ص ٤٩] .

لص آخر على غير اتفاق مع اللص الأول ودخـل من النقب وسرق المنزل ، فإن اللصين يكونان مسئولين بالتضامن[١] . ولا ضرورة لأن تكون الأخطاء عملا واحداً أو جريمة واحدة[٢] ، فقد يكون أحدها عمداً والآخر غير عمد ، وقد تختلف جسامة الأخطاء فيقترن

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفي لترتب التضامن أن تتحد إرادة الفاعلين مجرد اتحاد وقتي غير مسبوق باتفاق على الاعتداء على المجني عليه ، وأن يقترف كل منهم هذا الاعتداء أو يشترك فيه (نقض جنائي في ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ — وفي ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ — وفي ١١ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤/٢٠٤ ص ٤٠٠) .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى أثبت الحـكم اتحاد الفكرة وتطابق الإرادة لدى المتهمين على الضرب وقت وقوعه ، فإنهم جميعاً يكونون مسئولين متضامنين مدنياً عما أصاب المجني عليه «المدعي بالحق المدني» من ضرر عن إصابته ووفاة أخيه بسبب الإعتداء الذي وقع عليهما من المتهمين جميعاً أو من أي واحد منهم ، ولا يؤثر في قيام هذه المسئولية التضامنيه قبلهم عدم ثبوت اتفاق بينهم على التعدى ، فإن هـذا الاتفاق إنما تقتضيه في الأصل المسئولية الجنائية عن فعل الغير — أما المسئولية المدنيه فتبنى على مجرد تطابق الإرادات ولو فجأة بغير تدبير سابق على الإيذاء بفعل غير مشروع ، فيـكفي فيها أن تتوارد الخواطر على الاعتداء وتتلاقى إرادة كل منهم مع إرادة الآخرين على إيقاعه ، ومهما يحصل في هـذه الحالة بين الضاربين وغير الضاربين في المسئوليه الجنائية فإن المسئولية المدنيه تعمهم جميعاً (نقض جنائي في ١١/١٢/١٩٦١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٩٦٩ رقم ٢٠١) .

وبنفس المعنى نقض جنائي ١٦/٦/١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ١٧١ ص ٦٧٦] .

[على أن عدم توافر سبق الإصرار والترصد لا يتعارض مع اتحاد إرادة الجانيين على الاعتداء واشتراكهما معاً فيه ، وهو ما قضت به محكمة النقض حيث قررت أنه إذا بنت المحـكمة حكمها بانعدام المسئولية التضامنية بين الفاعلين على عدم توافر الظرفين المشار إليهما دون أن تتقصى إتحاد إرادتهما على الاعتداء واشتراكهما معاً فيه ، فإن الحـكم يكون معيباً بما يستوجب نقضه .

نقض جنائي في ١٣/١٢/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٩٧ ص ٢٨٨] .

(٢) فقد يكون أحد الخطأين سرقة والخطأ الآخر إخفاء لأشياء مسروقة ، وقد قضت محكمة النقض بأن من يشترى المسروق مع علمه بحقيقة الأمر فيه يكون مسئولا مع السارق بطريق التضامن عن تعويض الضرر الذى أصاب المجني عليه ، ولو أنه يعد في القانون مخفياً لا سارقاً ، وذلك على أساس أن كلا منهما قد عمل على احتجاز المال المسروق عن صاحبه (نقض جنائي في ١٦ نوفبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٢٤ ص ٥٤٣ . وانظر أيضاً نقض جنائي في ٢٤ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٢٢ ص ٤٩) . وقد يكون أحد الخطأين جناية قتل والخطأ الآخر جنحة ضرب ، وقـد قضت محكمة النقض بأن المسئولين متضامنون سواء فيهم من حكم عليه بجناية القتل أو من حكم عليه بجنحة الضرب (نقض جنائي في ١٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٧ ص ٩ — استئناف مصر الوطنية في ٨ ديسمبر سـنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢/٣١٩ ص ٤٩٠) . وقضت محـكمة استئناف مصر الوطنية بأنه إذا تطابقت إرادة اثنين فأكثر على إيذاء إنسان والتعدى عليه ، فضربه بعض وقتله بعض ، كانوا مسئولين بالتضامن لورثته عن التعويض ، ومتساوين في المسئولية المدنية ولو لم يتعادلوا في المسئولية الجنائية ، وكان فعل أحدهم جناية وفعل =

خطأ جسيم بخطأ يسير ومع ذلك يكون صاحب الخطأ اليسير متضامناً مع صاحب الخطأ الجسيم ، وقد تختلف طبيعة الأخطاء فيكون أحد الخطأين جنائياً ويكون الثانى مدنياً ، أو يكون أحدهما عملا ويكون الآخر امتناعاً عن عمل. مثل ذلك أن يهمل الخادم فيترك باب المنزل مفتوحاً فيدخل لص ويسرق المنزل ، فنى هذه الحالة يكون الخادم واللص متضامنين على اختلاف ما بين الخطأين ، فأحدهما عمد والآخر غير عمد ، وأحدهما جنائى والآخر مدنى ، وأحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل . وقد تكون الأخطاء كلها ثابتة أو مفترضة ، أو يكون بعضها ثابتاً وبعض مفترضاً ، فسائق السيارة ومالكها مسئولان بالتضامن عن خطأ السائق وخطأ الأول ثابت وخطأ الآخر مفترض [1] .

= الباقين جنحة (١٤ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٤٦٠ ص ١١٤٦). وقد لا يعرف من من المسئولين هو الذى قتل ومن منهما اقتصر على الضرب ، فيكونان بالأولى متضامنين ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت بالحكم أن المتهمين وفريقهما حضروا معاً لمحل الحادثة ، وكان كل منهم عاقداً النية على الاعتداء على فريق المجنى عليه بسبب مضاربة سابقة وقعت بين بعض أفراد الفريقين ، وتنفيذاً لهذا الغرض ضرب كل من المتهمين بحضور الآخر وعلى مرأى منه المجنى عليه المذكور فأحدثا به الإصابات التى أدى بعضها إلى وفاته ، فالقضاء عليهما متضامنين بالتعويض المدعى بالحق المدنى عن وفاة المجنى عليه لا مخالفة فيه للقانون ، لأن كلا منهما يعتبر مسئولا من الوجهة المدنية عن الوفاة ، ولو أن المحكمة لم تستطع تعيين من منهما أحدث الإصابة التى نشأ الموت عنها (نقض جنائى فى ٢ مارس سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٢٠ ص ٣٣ — انظر أيضاً نقض جنائى فى ١٧ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨ ص ٤١) . وقد يبرأ أحد المتهمين من التهمة الجنائية ومع ذلك يبقى متضامناً مدنياً مع المتهم الذى أدين جنائياً . وقد قضت محكمة النقض بانه إذا كانت المحكمة برأت المتهم من تهمة الشروع فى القتل إلا أنها أقامت قضاءها بإلزامه بالتعويض مع المتهم الآخر الذى أدين بهذه الجريمة على ما قالته من أنه كان معه وقد سلمه السلاح الذى استعمل فى الجريمة ، ثم اتحد الاثنان فى فكرة الاستيلاء على السيارة من طريق التحرش بالمدعى المدنى ومعاكسته ، وتطور الموقف إلى صدور أفعال منهما استفزت المدعى وكان لها بعض الأثر فى وقوع الجريمة التى ارتكبها زميل الطاعن ، وأن كل هذه الأفعال وإن كانت لا ترقى بالنسبة إليه إلى مرتبة الاتفاق الذى وقعت جريمة الشروع فى القتل بناء عليه ، إلا أن توافق الإثنين على التحرش رغبة فى الحصول على السيارة لتنفيذ حلقة من حلقات الاتفاق الجنائى العام القائم بينهما وآخرين ، والأفعال التى صدرت عنهما وكان من نتيجتها استفزاز المدعى كان لها أثرها بالنسبة إلى الطاعن وبالتالى فى الضرر الذى حاق بالمدعى — وهذه الظروف مجتمعة تجعل الاثنين مسئولين مدنياً بالتضامن عن تعويض ذلك الضرر (نقض جنائى فى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ١٢٧ — ص ١٣٠) .

(١) [على أن مسئولية المتبوع بالتضامن عن خطأ التابع ترجع إلى كون المتبوع فى حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها نص المادة ١٧٤ من التقنين المدنى ولذلك يحل المتبوع محل الدائن المحكوم له بالتعويض فى حقوقه ويكون له الحق فى الرجوع على التابع المخطىء بجميع ما دفعه من تعويضات .

نقض مدنى فى ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض السنة / ٦ رقم ٣٥ ص ٢٧٠] .

وقد يكون أحد الخطأين عقدياً ما دام الآخر خطأ تقصيرياً . فإذا تعاقد عامل فنى مع صاحب مصنع أن يعمل فى مصنعه مدة معينة ، وأخل بتعهده فخرج قبل انقضاء المدة ليعمل فى مصنع آخر منافس بتحريض من صاحبه ، كان العامل الفنى وصاحب المصنع المنافس مسئولين معاً نحو صاحب المصنع الأول كل منهما عن تعويض كامل . وتفسير ذلك لا يرجع إلى تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية ، بل يرجع إلى أن العامل الفني مسئول عن تعويض كامل لأنه أخل بالتزامه العقدى ، وصاحب المصنع المنافس مسئول أيضاً عن تعويض كامل لأنه ارتكب خطأ جعله مسئولا ، فيكون كل منهما مسئولا عن تعويض ضرر واحد تعويضاً كاملا . وهذه ليست مسئولية بالتضامن (solidarité) بل هى مسئولية بالتضامم (in solidum) . وكذلك يكون الحكم إذا كان كل من الخطأ العقدى والتقصيرى غير عمد ، كما إذا ارتكب أمين النقل وهو ينقل بضاعة خطأ بأن سار بسرعة كبيرة ، فاصطدم بسيارة أخرى ارتكب سائقها هو أيضاً خطأ بأن كان يسير من جهة الشمال ، فخطأ أمين النقل هنا خطأ عقدى غير عمد وخطأ الغير (سائق السيارة الأخرى) خطأ تقصيرى غير عمد ، ومع ذلك يكون أمين النقل والغير مسئولين معاً مسئولية بالتضامم (in solidum) [1] . ويلاحظ فى المثلين المتقدمين أن مرتكب الخطأ العقدى لا يكون مسئولا إلا عن الضرر المتوقع ، أما مرتكب الخطأ التقصيرى فيكون مسئولا أيضاً عن الضرر غير المتوقع ما دام ضرراً مباشراً ، فالمسئولية المجتمعة إنما تقوم بينهما فيما يشتركان فى التعويض عنه وهو الضرر المتوقع ، وينفرد مرتكب الخطأ التقصيرى بالمسئولية عن الضرر غير المتوقع . والفرق بين المسئولية بالتضامن (solidarité) والمسئولية بالتضامم (in solidum) أن التضامن يختص بأحكام لا تشاركه فيها المسئولية بالتضامم ، فالمسئولون بالتضامن يمثل بعضهم بعضاً فيما ينفع لا فيما يضر . فإذا تصالح الدائن مع أحد المسئولين بالتضامن وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا تسبب الوكيل فى عقد بخطئه فى إخلال الموكل بتعهده كان مسئولا معه بالتضامن (استئناف مختلط فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٨٢). والصحيح أن المسئولية هنا مسئولية بالتضامم لا مسئولية بالتضامن ، لاجتماع خطأ عقدى مع خطأ تقصيرى . وسنرى أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت من جهة أخرى فى بعض أحكامها بأن المسئولية عند تعدد المسئولين عن أخطاء تقصيرية تكون مسئولية بالتضامم لا مسئولية بالتضامن ، وهذا أيضاً غير صحيح .

براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه (م ٢٩٤) . وإذا أقر أحد المسئولين المتضامنين بالدين فلا يسرى هـذا الإقرار فى حق الباقين ، وإذا نـكل أحد المسئولين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يميناً حلفها فلا يضار بذلك باقى المسئولين ، وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فحلف فإن المسئولين الآخرين يستفيدون من ذلك (م ٢٩٥) . وإذا صـدر حكم على أحد المسئولين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحـكم على الباقين . أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحـكم مبنياً على سبب خاص بالمسئول الذى صدر الحـكم لصالحه (م٢٩٦) . وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المسئولين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المسئولين (م ٢٩٢ فقرة ٢) . وإذا أعذر الدائن أحد المسئولين المتضامين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المسئولين ، أما إذا أعذر أحد المسئولين المتضامنين الدائن فإن باقى المسئولين يستفيدون من هذا الإعذار (م ٢٩٣ فقرة ٢) وسنعرض لهذه الأحكام تفصيلا عند الـكلام فى التضامن . ونجتزىء هنا بالإشارة إلى أن هذه الأحكام هى خاصة بالمسئولية التضامنية دون المسئولية بالتضامم ومن ثم تقوم هذه الفروق بين المسئوليتين[1] .

---

(١) وفى التقنين المدنى الفرنسى لا يوجد نص على التضـامن عند تعدد المسئولين ، ومن ثم لجأ الفقه والقضاء فى فرنسا إلى فـكرة المسئولية بالتضامم (in solidum) فأقاموها بين المسئولين المتعددين (انظر مازو ٢ فقرة ١٩٦١ — ١٩٦٩) . أما فى التقنين المدنى المصرى ، القديم والجديد ، فإن النص على التضامن موجود كما قدمنا . لذلك تـكون المسئولية بين المسئولين المتعددين فى مصر مسئولية بالتضامن لا مسئولية بالتضامم ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى بعض أحكامها بانه إذا تعدد المسئولون فالمسئولية بينهم لا تكون مسئولية تضامنية (solidarité) بل مسئولية بالتضامم (in solidum) : استئناف مختلط فى ٥ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢١٣ — وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص٢٧٦ (وجعلت المحـكمة هنا القسمة فيما بين المسئولين بالتساوى لا بحسب جسامة الخطأ) — وفى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص١٤٣ . وقد أغفلت هذه الأحكام النص الصريح على التضامن الذى ورد فى التقنين المدنى المصرى. ومهما يكن من أمر ، فإنه إذا رفع المضرور الدعوى على أحد من المسئولين ، جاز له أن يطالبه بالتعويض كاملا ، ولهذا أن يرجع على سائر المسئولين كل بقدر نصيبه . استئناف مختلط فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٩ =

والمسئولية بالتضامن إنما تكون فى علاقة المضرور بالمسئولين المتعددين[1] ، أما فيما بين المسئولين المتعددين أنفسهم فيقسم التعويض بينهم بحسب جسامة الخطأ على الرأى السائد فى القضاء كما أسلفنا الذكر[2] .

٦٢١ — المسئول إذا ارتكب الخطأ جماعة : إذا لم تكن الجماعة متمتعة بشخصية معنوية ، فلا يمكن بوصفها جماعة أن ترتكب خطأ . وإنما يرتكب الخطأ فى هذه الحالة

= م ٤١ ص ٣١٣ — وفى ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢١٠ ص ٢٠٢ — وفى ٣١ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٧٤ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٥٦ .

والصحيح أن المسئولية فى مصر ، فى حالة تعدد المسئولين ، تكون مسئولية تضامنية بجميع خصائصها المتقدمة الذكر ، لامجرد مسئولية بالتضامم . وهذا ما ذهب إليه الفقه والكثرة الغالبة من أحكام القضاء . ومن الأمثلة على تضامن المسئولين عند تعددهم انهيار بناء مملوك فى الشيوع ، فيكون الملاك فى الشيوع مسئولين بالتضامن عن الضرر الذى أحدثه انهيار البناء (استئناف مختلط فى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ — وفى ٨ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١١٤ . وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٨) ، وبائعو العقار يعلنون غشاً أن العقار خال من الرهون ، فيكونون مسئولين بالتضامن (استئناف مختلط فى ١٧ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٧٧) ، والمشتركون فى اغتصاب شيء واحد يكونون مسئولين بالتضامن (استئناف مختلط فى ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٧) ، وكذلك المتواطئون على الغش (استئناف مختلط فى ١١ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٨٩ — وفى ٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) ، وكذلك المشتركون فى منافسة غير مشروعة (استئناف مختلط فى ٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٣٥) .

(١) فإذا كان الخطأ مشتركا ، بأن كان المضرور قد ارتكب خطأ ساعد على إحداث الضرر ، وكان المسئول شخصين متضامنين ، فقد قدمنا أن المضرور يرجع بثلثى التعويض على المسئولين بالتضامن ، ولايجوز لهذين أن يدفعا هذا التضامن بأن المضرور مسئول هو أيضاً عن الضرر ، فيكون متضامناً معهما ، ويكون رجوعه عليهما هو رجوع المسئول المتضامن على سائر المسئولين المتضامنين ، فلا يرجع على كل مسئول إلا بقدر نصيبه . ذلك أنه يرجع عليهما كمضرور لا كمسئول متضامن .

(٢) استئناف مختلط فى ١٣ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٩ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٠٨ (شريكان فى مبنى على الشيوع ، فانهار المبنى وأصاب الغير بالضرر ، واعتبر الشريكان مسئولين بالتضامن قبل المضرور ، أما فيما بينهما فقد قسم التعويض بنسبة نصيب كل منهما فى المبنى) . وتقضى بعض الأحكام ، دون مبرر ، بعدم رجوع المسئول الذى دفع التعويض كاملا على المسئول معه ، إذا كان الخطأ الذى ارتكباه معاً يعتبر غشاً ، كما إذا اشتركا فى النصب (استئناف مختلط فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٥٠) ، أو فى السرقة (استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٥٩) ، أو فى التقليد المزور (استئناف مختلط فى ٩ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٢٢) .

عضو أو أكثر من أعضاء هذه الجماعة أو جميع الأعضاء ، ولكن باعتبارهم أفراداً لا جماعة .

وإذا كانت الجماعة متمتعة بالشخصية المعنوية فالأمر يختلف ، إذ يجوز كما قدمنا أن يرتكب الشخص المعنوى خطأ تترتب عليه المسئولية المدنية[1] . والمسئول الذى تقام عليه الدعوى هو الشخص المعنوى ذاته لا ممثلوه . فهؤلاء إنما هم أعضاؤه (organes) التى يعمل بواسطتها ويريد عن طريقها[2] . ولكن هذا لا يمنع من أن الخطأ الذى يرتكبه فى الوقت ذاته ممثلوه بوصفهم أفراداً ، فيكون المسئول هو الشخص المعنوى والممثلون متضامنين جميعاً فى المسئولية . فإذا دفع الشخص المعنوى التعويض رجع على ممثليه بكل ما دفع دون أن يخصم نصيباً عن مسئوليته ، لأنه لا مسئولية عليه فى العلاقة فيما بينه وبين ممثليه ، إذ هم الذين ارتكبوا الخطأ فى الواقع . وإذا دفع الممثلون التعويض فلا رجوع لهم على الشخص المعنوى . وقد يكون ممثل الشخص المعنوى تابعاً له كمدير الشركة ، فتتحقق مسئولية الممثل إما باعتباره تابعاً أو بصفته الشخصية ، وفى الحالة الأولى تتحقق مسئولية الشخص المعنوى باعتباره متبوعاً .

المطلب الثانى

الطلبات والدفوع

§ ١ — طلبات المدعى

٦٢٢ — سبب الدعوى : مهما تنوعت الطرق والوسائل (moyens) التى يستند إليها المدعى فى تأييد طلباته ، فإن سبب (cause) دعواه واحد لا يتغير : إخلال المدعى

(١) محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ٨ نوفبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ١٠ — وقد تتحقق المسئولية الجنائية فى أحوال قليلة ، فتوقع على الشخص المعنوى عقوبة جنائية ، كالحل والإغلاق والمصادرة والغرامة .

(٢) وكما أن الدعوى لا تقام على الذراع أو على الرأس فى حالة الشخص الطبيعى ، فهى كذلك لا تقام على الممثلين فى حالة الشخص المعنوى (مازو ٢ فقرة ١٩٨٨) .

عليه بمصلحة له مشروعة . وسواء كانت حجته أو دليله على هذا الإخلال خطأ عقدياً ارتكبه المدعى عليه أو خطأ تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيرى خطأ ثابتاً أو خطأ مفترضاً ، وسواء كان الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس أو لا يقبل ذلك ، فليست هذه كلها إلا وسائل يستند إليها المدعى فى دعواه . وقد ينتقل من وسيلة إلى وسيلة ، فيستند أولا إلى الخطأ التقصيرى ، ثم يتركه إلى الخطأ العقدى ، ثم يرجع بعد ذلك إلى الخطأ التقصيرى ولكن يدعيه مفترضاً ، فهو فى ذلك كله قد غير الوسائل التى يستند إليها دون أن يغير سبب دعواه .

ويترتب على ذلك أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى النصوص الخاصة بالخطأ التقصيرى الثابت ، فلا يعد طلباً جديداً فى الاستئناف أن يستند إلى خطأ تقصيرى مفترض أو إلى خطأ عقدى . بل يجوز للقاضى ، وقد رفعت الدعوى أمامه بالاستناد إلى الخطأ التقصيرى الثابت ، أن يبنى حكمه على خطأ تقصيرى مفترض أو على خطأ عقدى دون أن يكون بذلك قد قضى فى شىء لم يطلبه الخصوم ، فهو إنما استند إلى وسائل لم تبدها الخصوم وهذا جائز . ولكن لا يجوز للمدعى أن يغير الوسائل التى يستند إليها لأول مرة أمام محكمة النقض ، إذ لا يجوز إبداء وسائل جديدة أمام هذه المحكمة .

ويترتب كذلك على ما قدمناه أن المدعى إذا رفع دعواه مستنداً إلى الخطأ العقدى مثلا ، فرفضت الدعوى ، فإن الحكم يحوز قوة الشىء المقضى ، ولا يستطيع المدعى أن يعود إلى القضاء مستنداً إلى الخطأ التقصيرى . والعكس صحيح . ذلك أن السبب لم يتغير بالانتقال من نوع من الخطأ إلى نوع آخر ، ولم تتغير كذلك الخصوم والموضوع ، وهذه هى شروط الشىء المقضى .

أما القضاء الفرنسى فقد جرى على أن المدعى لا يجوز له أن يعدل عما استند إليه من الخطأ ، فيترك الخطأ التقصيرى مثلا إلى الخطأ العقدى ، أو يترك الخطأ الثابت إلى الخطأ المفترض ، وإلا كان ذلك طلباً جديداً لا يجوز له أن يتقدم به لأول مرة أمام محكمة

الاستئناف[١] . كذلك إذا رفضت الدعوى على أساس نوع معين من الخطأ ، لم يجز الحكم قوة الشيء المقضى بالنسبة إلى نوع آخر ، وجاز رفع دعوى المسئولية من جديد على أساس نوع من الخطأ يختلف عن النوع الذى رفضت الدعوى على أساسه من قبل. ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضى ، لأن السبب — وهو هنا نوع الخطأ — قد تغير[٢] .

وقضاء محكمة النقض عندنا ، فى دائرتها الجنائية ، يتفق مع القضاء الفرنسى[٣] .

---

(١) فالفقهاء ورجال العمل فى فرنسا ينصحون المدعى أن يستند فى دعواه إلى جميع النصوص الخاصة بالمسئولية — عقدية كانت أو تقصيرية — حتى لا تفلت منه فرصة فى كسب دعواه مهما كان رأى القاضى فى الوسيلة التى يجب أن تستند إليها الدعوى (انظر فى القضاء الفرنسى وفى نقده مازو ٣ فقرة ٢٠٩٧ — فقرة ٢١٠١) .

(٢) انظر فى الموضوع مازو ٣ فقرة ٢١٠٢ .

(٣) وقد أصدرت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض أحكاماً عدة فى هذا المعنى . فقضت بأنه إذا كانت الدعويان العمومية والمدنية قد رفعتا على المتهم على أساس أنه قارف بنفسه فعل الضرب الذى وقع على عين المدعى عليه وسبب له الضرر المطلوب من أجله التعويض ، واستمر النظر فيهما على هذا الأساس طوال المحاكمة ، فإن المحكمة إذا داخلها الشك فى أن المتهم ضرب المجنى عليه ، ولم تر أنه قارف أية جريمة أخرى يكون من سلطتها أن تحاكمه عليها ، فبرأته لعدم ثبوت التهمة عليه ، وتبعاً لذلك رفضت الدعوى المدنية المقامة على أنه ارتكب بنفسه الفعل الضار ، تكون قد أصابت إذ لم يكن فى وسعها أن تحكم بغير ما حكمت به . ذلك لأن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥١ من القانون المدنى باعتبار المدعى عليه مسئولا عن فعل نفسه تختلف من حيث السبب عن المطالبة بالتعويض على أساس المادة ١٥٢ من القانون المذكور باعتبار المدعى عليه مسئولا عن فعل غيره ، وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن تغير السبب الذى تقام عليه الدعوى أمامها وإلا تكون قد تجاوزت سلطتها ، وحكمت بما لم يطلب منها الحكم به (نقض جنائى فى أول فبراير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٦١ ص ٤٨٠) .

وقضت أيضاً بأنه ما دامت قد رفعت على أساس المسئولية التقصيرية ، والمدعى لم يطلب أن يقضى له فيها بالتعويض على أساس المسئولية التعاقدية — إن صح أن يطلب ذلك أمام المحكمة الجنائية — فليس للمحكمة أن تتبرع من عندها فتبنى الدعوى على سبب غير الذى رفعها صاحبها به ، فإنها إذ تفعل تكون قد حكمت بما لم يطلبه منها الخصوم ، وهذا غير جائز فى القانون (نقض جنائى فى ٨ مارس سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ٤٥ ص ١٣٢) .

وقضت كذلك بأنه ما دامت الدعوى المدنية قد رفعت أمام المحكمة الجنائية ، فإن هذه المحكمة إذا انتهت إلى أن أحد المتهمين هو وحده الذى قارف الجريمة المطلوب التعويض عنها ، وأن المتهمين الآخرين أحدهما لم يقع منه سوى تقصير فى الواجبات التى يفرضها عليه العقد المبرم بينه (وهو مستخدم ببنك التسليف) وبين المدعى بالحقوق المدنية (وهو بنك التسليف) والآخر لم يثبت وقوع أى تقصير منه ، إذا انتهت =

وأما قضاؤها فى الدائرة المدنية ، فعلى العكس من ذلك يتفق مع الرأى الآخر الذى قدمناه ، وهو الرأى الذى نرجحه ، فقد قضت بأن الراجح فى باب قوة الشيء المحكوم فيه هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق فى التعويض عن شخصه أو عن ماله قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه — كل ذلك هو السبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض مهما تنوعت أو تعددت علل التعويض أو أسبابه ، لأن ذلك جميعاً من وسائل الدفاع أو طرقه (moyens). فمهما كانت طبيعة المسئولية التى بحثها القاضى فى حكمه الصادر برفض دعوى التعويض ، ومهما كان النص القانونى الذى استند إليه المدعى فى طلباته أو النص الذى اعتمد عليه القاضى فى حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع المضرور من إقامة دعوى تعويض أخرى على من حكم قبله برفض دعواه ، لأنه يعتبر دالا بالاقتضاء على انتفاء مسئولية المدعى عليه قبل

= المحكمة إلى ذلك يكون متعيناً عليها ألا تقضى بالتعويض إلا على الجريمة ، وأن تقضى برفض الدعوى بالنسبة للمتهمين الآخرين ، لأن حكمها على المتهم الذى خالف شروط العقد لا يكون إلا على أساس المسئولية التعاقدية وهو غير السبب المرفوعة به الدعوى أمامها ، وهذا لا يجوز فى القانون ، ولأن حكمها بالتعويض على المتهم الآخر ليس له ما يبرره ما دام لم يثبت وقوع أى خطأ منه . أما القول بأن المحكمة كان عليها أن تحكم بعدم الاختصاص فى الدعوى المدنية بالنسبة لهذين المتهمين أحدهما أو كليهما لا برفضها فمردود بأنه ما دامت الدعوى قد رفضت على أساس انعدام المسئولية التقصيرية ، فإن ذلك لا يمنع المدعى بالحقوق المدنية وليس من شأنه أن يمنعه من رفعها أمام المحاكم المدنية بناء على سبب آخر هو المسئولية التعاقدية (نقض جنائى فى ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٣٧ ص ٨١) .

[وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى رفعت الدعوى المدنية إلى المحكمة على أساس مساءلة من رفعت عليه عن فعله الشخصى فلا يجوز لها أن تغير سبب الدعوى وتحكم من تلقاء نفسها بمساءلته عن فعل تابعه ، وإلا فإنها تكون قد خالفت القانون : نقض جنائى فى ٢٨/١١/١٩٥٠ مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض خلال ٢٥ عاماً ص ٦٣٣ رقم ٢١٨ كما قضت فى حكم آخر بأنه إذا كانت دعوى التعويض مؤسسة على مسئولية الطاعن عن الضرر الذى نشأ عن خطأ تابعه ، فحكمت المحكمة ببراءة التابع وقضت بالتعويض على الطاعن تأسيساً على خطئه هو ، فإنها تكون قد خالفت القانون ، إذ لم تلتزم الأساس الذى أقيمت عليه الدعوى ، وكان يتعين على المحكمة مع ثبوت عدم وقوع خطأ من التابع أن ترفض الدعوى المدنية الموجهة إلى الطاعن باعتباره مسئولا عن الحقوق المدنية بالتضامن مع تابعه . — نقض جنائى فى ٧/١/١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ١٤٥ ص ٣٨٤] .

وانظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى ، وهو يعارض المبدأ الذى أخذ به هذا الحكم ويؤيد الرأى الصحيح الذى أخذنا به — وانظر تعليقاً آخر فى هذا المعنى فى مجلة القانون و الاقتصاد ١٥ ص ٢١٩ — ص ٢٣٨) .

المدعى عما ادعاه عليه أياً كانت المسئولية التى أسس عليها طلبة ، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله فى دعوى التعويض ، وإن لم يتناوله البحث بالفعل فيها ، ولم يكن ليبرر الحكم للمدعى على خصمه بتعويض ما[١] .

٦٢٣ — موضوع الدعوى : وموضوع دعوى المسئولية هو التعويض عن الضرر ، يقدره المدعى كما يرى . ولا يجوز للقاضى أن يزيد عما طلبه المدعى وإلا قضى فيما لم يطلبه الخصوم ، ولكن يجوز له أن يقضى بأقل . كذلك لا يجوز للمدعى أن يزيد مقدار ما يطلبه من التعويض فى الاستئناف لأول مرة ، لأن ذلك يعد طلباً جديداً .

ولكن كيفية التعويض قد تتغير دون أن يكون فى ذلك تعديل فى الطلبات . فقد يطالب المدعى مبلغاً من النقود فيحكم القاضى بإيراد مرتب ، وقد يطلب تعويضاً عينياً فيحكم له القاضى بتعويض نقدى . وقد يغير المدعى من كيفية التعويض الذى يطلبه لأول مرة فى الاستئناف فيجوز ذلك ، كما لو طلب تعويضاً نقدياً أمام المحكمة الابتدائية ، ثم طلب فى الاستئناف تعويضاً عينياً مصحوباً بتهديد مالى .

§ ٢ — دفوع المدعى عليه (التقادم)

٦٢٤ — الدفوع : يدفع المدعى عليه دعوى المسئولية بأحد أمرين : إما أن ينكر قيام المسئولية ذاتها فيدعى أن ركناً من أركانها لم يتوافر من خطأ أو ضرر أو سببية ، وإما بأن يعترف بأن المسئولية قامت ولكنه يدعى أن الالتزام المترتب عليها قد انقضى بالوفاء أو بالمقاصة أو بالإبراء أو بالتقادم أو بغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام .

وفى كل ذلك تطبق القواعد العامة[٢] .

---

(١) نقض مدنى فى ٥ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ — ص ٤٥٢ .

(٢) وقد قدمنا أن هناك دفعاً خاصاً بدعوى المسئولية المدنية ، إذا رفعت أمام المحكمة المدنية عن =

٦٢٥ — الدفع بالتقادم : والذى يعنينا الوقوف عنده قليلا هو التقادم . فقد أدخل التقنين المدنى الجديد تعديلا هاماً فى هذا الصدد ، وبعد أن كانت دعوى المسئولية تتقادم كغيرها من الدعاوى بخمس عشرة سنة صارت تتقادم أيضاً بثلاث سنوات على تفصيل نورده فيما يلى :

نصت المادة ١٧٢ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . وتسقط هـذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع » .

« ٢ — على أنه إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى الجنائية »[1] .

= جريمة رفعت الدعوى الجنائية فى شأنها أمام المحكمة الجنائية . فإن الدعوى الجنائية تقف من سير الدعوى المدنية حتى يفصل نهائياً فى الدعوى الجنائية . وهذا ما يعبر عنه الفرنسيون بقولهم : Le criminel tient le civil en état وقد وردت هذه القاعدة فى قانون الإجراءات الجنائية الجديدة فى المادة ٢٦٥ على الوجه الآتى: إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية ، يجب وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً فى الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعها أو فى أثناء السير فيها . على أنه إذا أوقف الفصل فى الدعوى الجنائية لجنون المتهم يفصل فى الدعوى المدنية » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المصاب بحدوث الضرر وبالشخص الذى أحدثه . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع . ٢ — على أنه إذا كانت دعوى التعويض ناشئة عن جريمة تقرر لسقوط الدعوى الجنائية فيها مدة أطول ، فإن هذه المدة هى التى تسقط بها الدعوى المدنية » . وفى لجنة المراجعة نوقشت المادة مناقشة طويلة ، ورأى بعض الأعضاء أنه لا توجد علاقة ما بين سقوط دعوى التعويض المدنية وسقوط الدعوى الجنائية ، ولكن الأغلبية رأت إبقاء الحكم على أصله مع تقديم الفقرة الثانية بحيث تكون استثناء لمدة الثلاث السنوات لا من مدة الخمس عشرة سنة ، وأصبح النص النهائى =

= الذى أقرته اللجنة هو : « ١ تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذى أحدثه إلا إذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة تسقط الدعوى الجنائية فيها بمدة أطول ، فإن هذه المدة هى التى تسقط بها دعوى التعويض .
— وتسقط دعوى التعويض فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع » . وأصبح رقم المادة ١٧٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على جعل يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص الذى أحدثه مبدأ لسريان التقادم القصير وهو ثلاث سنوات لأنه لا بد من تعيين معيار مادى لمبدأ السقوط فالمسائل القضائية يجب تحديدها بواقعة مادية ، أما العلم فقد يثير إشكالات لا تنتهى ، ولكن اللجنة تبينت أن كل التشريعات الحديثة أخذت بمبدأ المدة القصيرة للتقادم على أن يبدأ سريانها من يوم العلم بالضرر وبالشخص الذى أحدثه وبمبدأ المدة الطويلة فى حالة عدم العلم . واستبدلت اللجنة عبارة « الشخص المسئول عنه » بعبارة « الشخص الذى أحدثه » ، والاستعاضة عن الشق الأخير من الفقرة الأولى بعبارة « فإن دعوى التعويض لا تسقط إلا بسقوط الدعوى العمومية » ، وقصد من هذا الاقتراح إلى الإبقاء على الدعوى المدنية طوال المدة التى يوقف فيها سريان تقادم الدعوى العمومية بالتحقيق أو بالمحاكمة لأن إطلاق النص الوارد فى المشروع يجعل تقادم الدعوى المدنية يتم بانقضاء المدة التى تسقط بها الدعوى العمومية دون نظر إلى وقف سريان تقادمها ، والأنسب أن تبقى الدعوى المدنية ما بقى الحق فى رفع الدعوى العمومية أو تحريكها أو السير فيها قائماً ، والأصح كذلك أن يرد الاستثناء الخاص ببقاء الدعويين فى الفقرة الثانية لأن الدعوى العمومية قد تظل باقية أحياناً مدة تجاوز الخمس عشرة سنة . وعلى ذلك عدلت المادة على الوجه الوارد فى التقنين الجديد وأصبح رقمها ١٧٢ . ووافق مجلس الشيوخ عليها كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٩ — ٤٠٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « استحدث المشروع فى نطاق المسئولية التقصيرية تقادماً قصيراً . فقضى بسقوط دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع بانقضاء ثلاث سنوات على غرار ما فعل فيما يتعلق بدعاوى البطلان . ويبدأ سريان هذه المدة من اليوم الذى يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث ، ويقف على شخص من أحدثه . فإذا لم يعلم بالضرر الحادث ، أو لم يقف على شخص من أحدثه ، فلا يبدأ سريان هذا التقادم القصير ، ولكن دعوى المضرور تسقط على أى الفروض بانقضاء خمس عشرة سنة على وقوع العمل غير المشروع . وإذا كان العمل الضار يستتبع قيام دعوى جنائية إلى جانب الدعوى المدنية ، وكانت الدعوى الجنائية تتقادم بانقضاء مدة أطول ، سرت هذه المدة فى شأن تقادم الدعوى المدنية . فلو حدث الضرر مثلا من جراء جناية ، كانت مدة سقوط الدعوى المدنية عشر سنوات عوضاً عن ثلاث لأن الدعوى الجنائية لا تتقادم إلا بانقضاء تلك المدة وهى أطول . وقد فرض فى هذا كله أن مبدأ سريان المدة لا يختلف فى الحالتين ، بيد أن الدعوى المدنية لا تسقط إلا بانقضاء خمس عشرة سنة عند جهل المضرور بالضرر الحادث أو بشخص محدثه ، وهى مدة أطول من مدة سقوط الدعوى الجنائية . وصفوة القول أن الدعوى المدنية قد تبقى قائمة بعد انقضاء الدعوى الجنائية ، ولكن ليس يقبل انقضاء الدعوى المدنية قبل انقضاء الدعوى الجنائية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٠) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٣ (مطابق) — الليبى م ١٧٥ (مطابق) — العراقى م ٢٣٢ (موافق) — اللبنانى لا مقابل .

وفقاً لهذا النص يجب التمييز بين ما إذا كانت دعوى المسئولية قد قامت على خطأ مدنى لا يعتبر جريمة أو كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة جنائية .

ففى الحالة الأولى تسقط دعوى المسئولية بالتقادم بأقصر المدتين الآتيتين :

١ — ثلاث سنوات تنقضى من اليوم الذى علم فيه المضرور بالضرر وبالشخص المسئول عنه . فلا يبدأ سريان التقادم من يوم وقوع الضرر . ويترتب على ذلك أنه قد يمضى على وقوع الضرر مدة تزيد على ثلاث سنوات دون أن تتقادم دعوى المسئولية ويكفى لتحقق ذلك أن يقع الضرر دون أن يعلم به المضرور ، كما لو أوصى شخص لآخر بمال ولم يعلم الموصى له بالوصية إلا بعد موت الموصى بمدة طويلة ، وتبين أن أحد الورثة وضع يده على المال الموصى به وأتلفه منذ مدة نفرضها خمس سنوات ، ففى هذا الفرض لا يبدأ سريان التقادم إلا من اليوم الذى علم فيه الموصى له بالوصية وبمن أتلف الموصى به من الورثة ، ولا تتقادم دعواه إلا بانقضاء ثلاث سنوات من ذلك اليوم ، أى بانقضاء ثمانى سنوات من وقت وقوع الضرر . وقد يعلم المضرور بوقوع الضرر ولكنه لا يعلم بالشخص المسئول عنه ، كما لو اصطدم بسيارة لم يعرف سائقها ، ثم اهتدى إلى معرفته بعد سبع سنوات مثلا ، فهنا أيضاً لا تتقادم دعوى المسئولية إلا بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المضرور بالشخص المسئول ، أى بانقضاء عشر سنوات من وقت وقوع الضرر . أما إذا علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه فى اليوم الذى وقع فيه — وهذا ما يحدث غالباً — فإن دعوى المسئولية تتقادم فى هذا الفرض بانقضاء ثلاث سنوات من وقت وقوع الضرر . (٢) خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وهذا لا يتحقق إلا إذا كان المضرور لم يعلم بوقوع الضرر أو بالشخص المسئول عنه إلا بعد مدة طويلة نفرضها ثلاث عشرة سنة . ففى هذا الفرض النادر تتقادم دعوى المسئولية بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر ، لأن هذه المدة أقصر من مدة ثلاث السنوات التى تسرى من وقت علم المضرور بوقوع الضرر وبالشخص المسئول عنه . إذ أن هذه المدة الأخيرة

عند الحساب تكون ست عشرة سنة من وقت وقوع الضرر . وقد رأينا أن التقنين المدنى الجديد جعل التقادم بأقصر هاتين المدتين فى دعوى بطلان العقد . وسنرى أنه سار على هذا النهج فى الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة ، وها نحن نراه يسير على النهج ذاته فى الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع . وقد استبقى الالتزامات الناشئة عن العقد ، فجعلها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، لأنها التزامات أرادها المتعاقدان فترتبت فى ذمة الملتزم بإرادته هو ، وهذا بخلاف الالتزامات الأخرى فقد فرضها القانون على الملتزم .

وفى الحالة الثانية ، إذا نشأت دعوى المسئولية عن جريمة كجناية قتل مثلا ، تتقادم الدعوى فى الأصل بأقصر المدتين السابقتى الذكر . فإذا فرضنا أن أقصر المدتين ثلاث سنوات أو خمس أو أية مدة أخرى تقل عن عشر سنوات ، نتج عن ذلك موقف شاذ ، إذ تكون الدعوى المدنية قد تقادمت قبل أن تتقادم الدعوى الجنائية ، فإن هذه لا تتقادم إلا بعشر سنوات (م ١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) . هذا الموقف الشاذ ، وهو سقوط الدعوى المدنية مع قيام الدعوى الجنائية ، وإيقاع عقوبة جنائية على الجانى دون التمكن من إلزامه بالتعويض وهو أقل خطراً من العقوبة الجنائية ، وهو الذى أراد القانون أن يتفاداه . فنص على أن الدعوى المدنية لا تتقادم فى هذه الحالة ، بل تبقى قائمة مع الدعوى الجنائية ، ولا تسقط إلا بسقوطها ، حتى يتمكن المضرور فى الوقت الذى يعاقب فيه الجانى أن يتقاضى منه التعويض المدنى . أما العكس فمستساغ : تسقط الدعوى الجنائية قبل أن تسقط الدعوى المدنية وصورة ذلك فى المثل الذى نحن بصدده ألا تعلم الورثة بقتل مورثهم إلا بعد عشر سنوات من وقوع الجناية ، فتكون الدعوى الجنائية قد سقطت بالتقادم ، ومع ذلك تبقى الدعوى المدنية إذ لم ينقض إلا ثلاث سنوات من وقت العلم بالجناية وبالجانى ولا خمس عشرة سنة من وقت وقوع الجناية[1] . ومثل ذلك أيضاً أن تكون الجريمة التى نشأت عنها دعوى

---

(١) نقض مدنى فى أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢ .

المسئولية مخالفة بسيطة تنقضى الدعوى الجنائية فيها بمضى سنة من يوم وقوعها (م١٥ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد) ، فتكون الدعوى المدنية قائمة بعد سقوط الدعوى الجنائية إذ لا تسقط الدعوى الأولى بأقل من ثلاث سنوات[١] .

٦٢٦ — *سريان النص الجديد من حيث الزمان* : ويتبين مما قدمناه أن التقنين المدنى الجديد قد عدل مدة التقادم فى دعوى المسئولية ، فجعلها فى أكثر الأحوال أقصر من المدة التى كان القانون القديم يقررها . وقد نصت المادة الثامنة من القانون المدنى الجديد على أنه « ١ — إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك . ٢ — أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد ، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى » .

ونفرض ، لتطبيق هذا النص ، أن مسئولية مدنية قد تحققت فى ظل القانون المدنى القديم : سرقة وقعت قبل نفاذ القانون الجديد وعلم المجنى عليه بالسرقة وبالسارق قبل هذا التاريخ . فاذا فرضنا أن السرقة وقعت فى سنة ١٩٤١ . فان دعوى المسئولية فى هذا الفرض إذا طبق عليها القانون القديم لاتتقادم إلا بخمس عشرة سنة تسرى من وقت وقوع السرقة ، فتتقادم فى سنة ١٩٥٦ . أما إذا طبق عليها القانون الجديد ، فانها تتقادم بثلاث سنوات تسرى من وقت العمل بالقانون الجديد (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) ، فتتقادم فى سنة ١٩٥٢ . ومن ثم يكون القانون الجديد هو الذى ينطبق لأن التقادم بمقتضاه

---

(١) وسقوط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية أكثر احتمالا فى التقنين المدنى الجديد (حيث قصرت مدة التقادم) منه فى القانون المدنى القديم . وهذا هو الذى جعل المشرع فى التقنين المدنى الجديد ينص صراحة على الاحتياط الذى نحن بصدده ، حتى لا تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية على النحو الذى قدمناه . أما القانون المدنى القديم فلم يتضمن نصاً فى هذه المسألة ، ولم يكن فى حاجة كبيرة إليه ، لأن دعوى المسئولية فيه كانت لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة ، فكان من النادر أن تسقط الدعوى المدنية قبل سقوط الدعوى الجنائية .

أسرع ، وإذا فرضنا أن السرقة وقعت فى سنة ١٩٣٦ ، فان القانون القديم هو الذى ينطبق لأن الباقى من مدة التقادم فيه عند نفاذ القانون الجديد أقل من ثلاث سنوات ، وهى المدة التى قررها النص الجديد ، فتتقادم الدعوى فى هذا الفرض فى سنة ١٩٥١ .

المطلب الثالث

الاثبات

§ ١ — عبء الاثبات

٦٢٧ — *عبء إثبات الضرر :* المدعى هو الذى يحمل عبء إثبات ما أصابه من الضرر . ولا يستطيع أن يخطو فى المسئولية خطوة قبل أن يثبت ذلك[١] .

وفى أحوال استثنائية يعفى القانون المدعى من إثبات الضرر :

١ — إما بوضع قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن هناك ضرراً قد وقع فقد نصت المادة ٢٢٨ من التقنين المدنى الجديد على أنه « لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير ، قانونية كانت أو اتفاقية ، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير » . وأكثر ما يقع ذلك فى المسئولية العقدية . ولكن يمكن تصوره فى المسئولية التقصيرية ، إذا قدر الطرفان مقدار التعويض باتفاق بينهما ، فتستحق فوائد التأخير دون حاجة إلى إثبات الضرر .

٢ — وإما بوضع قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على وقوع الضرر . ويكون ذلك فى الشرط الجزائى ، فقد نصت المادة ٢٢٤ فقرة أولى من التقنين المدنى الجديد

---

(١) استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٨٨٧ بوريللى م ١٧٩ رقم ٤ — وفى ٢ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٩٣ — وفى ٤ مارس سنة ١٩٤٥ م ٢٧ ص ١٩٩ — قارن محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١١٩ ص ٤٥٥ وتعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٨ — ص ٣٤٩ .

على أنه « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » . ويغلب أن يقع هذا أيضاً فى المسئولية العقدية . ولكنه يتصور فى المسئولية التقصيرية إذا اتفق الطرفان على إعادة الشىء إلى أصله كتعويض عن خطأ تقصيرى ووضعا شرطاً جزائياً . والمفروض عند وجود شرط جزائى أن إخلال المدين بالتزامه قد أصاب الدائن بالضرر ، وقد قدر المتعاقدان فى الشرط الجزائى مدى هذا الضرر وقيمته. وهذه قرينة قانونية تعفى الدائن من إثبات الضرر ؛ ولكنها تقبل إثبات العكس ، فللمدين أن يثبت : كما يقول النص ، أن الدائن لم يلحقه أى ضرر .

٦٢٨ — عبء إثبات الخطأ : الأصل أن عبء إثبات الخطأ يقع على المدعى[١] . والخطأ كما قدمنا هو انحراف الشخص عن السلوك المألوف للشخص العادى . وهذا الانحراف واقعة مادية ، أكثر ما تثبت من طريق قرائن قضائية متتابعة ، تنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب . فالمدعى يبدأ بإثبات واقعة تقوم قرينة قضائية على وقوع الخطأ . فينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه . فيثبت هذا واقعة أخرى تقوم هى أيضاً قرينة قضائية على انتفاء الخطأ من جانبه . فيعود عبء الإثبات إلى المدعى ، وهكذا ، إلى أن يعجز أحد الطرفين عن إثبات ما يزحزح عنه القرينة القضائية التى ألقاها عليه خصمه ، فيكون هو العاجز عن الإثبات . فإن كان المدعى هو الذى عجز ، فقد اعتبر غير قادر على إثبات دعواه وخسرها . وإن كان الذى عجز هو المدعى عليه ، فإن المدعى يكون قد تمكن من إثبات الخطأ[٢] .

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يكفى لتقدير مسئولية المجلس البلدى عما ينجم من أضرار للمشتركين للحصول على مياه منه القول بأن أول واجباته المحافظة على المصلحة العامة وأنه المسيطر على عملية المياه ، بل لابد من إثبات الخطأ المسند إليه والذى يكون أساساً لمسئوليته . نقض مدنى فى ٢٥/٥/١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى رقم ١٣٣ ص ٥٢٩] .

(٢) استئناف مختلط فى ١٩ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٤١ — محكمة الاسكندرية المختلطة فى ١٠ يونيه سنة ١٩٢٢ جازيت ١٣ رقم ٨٦ ص ١٦٠ .

هذا هو الأصل . ولـكن ترد استثناءات كثيرة ، يعفى فيها المدعى من إثبات الخطأ ، بفضل قرينة قانونية تكون إما قابلة لإثبات العكس وإما غير قابلة لذلك[1] . وسنرى فيما يلي تفصيلا وافياً لهذه القرائن القانونية ، وبعضها قابل لإثبات العكس كخطأ من يعهد إليه بالرقابة على غيره ، وبعضها غير قابل لإثبات العكس كخطأ المتبوع وخطأ حارس الأشياء . ويلاحظ بوجه عام أن هذه القرائن القانونية لا تعفى من إثبات وجود الحالة القانونية التي يترتب عليها قيام القرينة على الخطأ[2] . وسنرى ذلك فى مكانه .

٦٢٩ — عبء إثبات السببية : الأصل هنا أيضاً أن عبء إثبات السببية يقع على المدعى . فهو الذى يثبت ، ليس فحسب الضرر الذى وقع عليه والخطأ الذى وقع من غريمه ، بل أيضاً علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر .

ولـكن هذه القاعدة محدودة الأهمية . فهى تارة يرد عليها استثناءات يقررها القانون ، وطوراً يضيق مجال تطبيقها العملى حتى تصبح القاعدة هى الاستثناء .

أما الاستثناءات التى يقررها القانون فهى قرائن قانونية ، كلها قابلة لإثبات العكس يقيمها القانون على وجود السببية . والقانون يقيم هذه القرائن حيث يقيم قرائن الخطأ . فهو إذا أقام قرينة على الخطأ — قابلة أو غير قابلة لإثبات العـكس — يقيم إلى جانبها قرينة على السببية تكون دائماً قابلة لإثبات العكس . فالمكلف بالرقابة تقوم ضده قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس على الخطأ ، وتقوم ضده كذلك قرينة قانونية قابلة هى أيضاً لإثبات العكس على السببية . ويستطيع أن ينفى كلا من القرينتين ، فينفى قرينـة الخطأ بإثبات أنه لم يقصر فى الرقابة ، وينفى قرينة السببية بإثبات أن الضرر كان لا بد واقعـاً حتى لو لم يقصر أى بإثبات السبب الأجنبى . وحارس الحيوان أو الأشياء التى تتطلب

---

(١) انظر فى أن الخطأ المفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس هو فى الواقع من الآمر خطأ ثابت (faute prouvée) مازو ٢ فقرة ١٦٩٠ — فقرة ١٩٦٢ .

(٢) والقرائن القانونية على الخطأ إنما أقامها القانون لمصلحة المدعى دون غيره . وقد رأينا أن غير المدعى لا يجوز له أن ينتفع بهذه القرائن ، فلا يصح أن يتمسك بها لا المدعى عليه ولا الغير .

حراستها عناية خاصة تقوم ضده قرينة الخطأ وهى غير قابلة لإثبات العكس ، وقرينة السببية وهى قابلة للنفى بإثبات السبب الأجنبى .

فإذا تركنا الاستثناءات وعدنا إلى القاعدة ، رأينا أن مجال تطبيقها فى العمل محدود . ذلك أن المدعى إذا أثبت الضرر والخطأ ، ففى أكثر الأحوال ، ومن الناحية العملية المحضة ، تقوم فى ذهن القاضى شبهة قوية فى أن الخطأ هو الذى أحدث الضرر . ومن ثم تقوم قرينة قضائية على علاقة السببية ، تنقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه . فيطالب هذا بنفى هذه العلاقة ، ويستطيع ذلك إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى . وهذا هو السبب الذى دعا المشرع فى التقنين المدنى الجديد إلى أن يورد الحكم فى هذه المسألة على هذا الوضع العملى . فنص فى المادة ١٦٥ على ما يأتى : « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ من سبب أجنبى لا يد له فيه ، كحادث مفاجىء أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزوم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » . ونص فى المادة ٢١٥ على ما يأتى : « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لا يد له فيه » . فى النصين وضع القانون عبء الإثبات ، من الناحية العملية المحضة ، على عاتق المدين لا على عاتق الدائن[1] .

§ ٢ — وسائل الإثبات

٦٣٠ — *الإثبات بجميع الطرق* : لما كانت الأركان الثلاثة — الخطأ والضرر والسببية — التى يجب إثباتها لتحقيق المسئولية هى كلها وقائع مادية ، فإن إثبات أية واقعة منها يجوز بجميع الطرق ، وبخاصة البينة والقرائن[2] . وفى أكثر الأحوال يثبت

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد المادة ٢١٥ ، حيث ورد أن إسقاط قرينة الخطأ يكون بإثبات السبب الأجنبى . وفى هذا خلط بين الخطأ وعلاقة السببية ، فإن الذى ينتفى بإثبات السبب الأجنبى هو علاقة السببية لا الخطأ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٤٧) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليهما متضامنين =

الضرر والسببية بالمعاينة المادية أو بشهادة طبية أو بتقدير الخبراء . أما الخطأ فأكثر ما يثبت بشهادة من عاينوا الحادث وبالتحقيق الجنائي وبالانتقال إلى محل الواقعة ومعاينته وبالقرائن القضائية والقانونية(١) .

٦٣١ — ارتباط القاضي المدني بالحكم الجنائي (٢) — تأصيل القاعدة : ومن أهم القرائن القانونية التي تسيطر على وسائل الإثبات في دعوى المسئولية حجية الحكم الجنائي . ذلك أن دعوى المسئولية يغلب أن تقوم على جريمة جنائية ، فتخضع لاختصاص القضاء الجنائي واختصاص القضاء المدني . فإذا صدر حكم نهائي في الجريمة من محكمة جنائية ، فإلى أي حد يصبح هذا الحكم حجة في الدعوى المدنية ، وهل يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي ؟ تجيب المادة ٤٠٦ من التقنين المدني الجديد بما يأتي :

= بأن يدفعا إلى المدعية مبلغاً لها عن عبث الخادم بحلى كانت في علبة استودعتها السيد هي دعوى متضمنة في الواقع دعويين : الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم ، وفيها يدور الإثبات بينه وبين المدعية على وقوع الجريمة ، وإثبات الجريمة جائز قانوناً بأى طريق من طرق الإثبات ، فهى دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التي وقعت عليها الجريمة كانت وديعة ، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجهة إلى السيد ، وأساسها أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة في حال تأدية وظيفته عنده ، وهذه ليس مطلوباً فيها إثبات عقد الوديعة على السيد . ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٨ ص ٤٣٢) . وقضت أيضاً بأن الدليل لا ارتباط له بالمسئولية في حد ذاتها ، وإنما يتعلق بذات الأمر المطلوب إثباته . فقد تكون المسئولية تعاقدية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبينة والقرائن كما في حالة التعهد بعدم فعل شئ عندما يرغب المتعهد له إثبات مخالفة تعهده . وقد تكون المسئولية جنائية أو تقصيرية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالكتابة حتما بالنسبة للعقد المرتبط بها إذا كانت قيمته تزيد على ألف قرش في غير المواد التجارية والأحوال الأخرى المستثناة كما هى الحال في جريمة خيانة الأمانة (نقض مدنى في ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ ص ٧٥) .

(١) استئناف مختلط في ٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٠٥ — وفى ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٦١ — وفى ١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٦ — وفى ٢٤ يونيه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٩٥ — وفى ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٧٢ — وفى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٣٤ .

(٢) [راجع في هذا الموضوع رسالة الدكتور أدوار غالى الذهبى : حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدنى . رسالة القاهرة سنة ١٩٦٠] .

« لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى فى الوقائع التى لم يفصل فيها هذا الحكم أو الوقائع التى فصل فيها دون ضرورة » . وفى لجنة المراجعة رؤى أن المعنى يكون أوضح لو ذكر الحكم العكسى ، فوافقت اللجنة على أن يكون نص المادة كما يأتى : « لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً » . وأصبح رقم المادة ٤١٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وكذلك وافقت عليها لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٤٠٦ . ثم وافق عليها مجلس الشيوخ دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٤ — ص ٤٢٨) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ١ — استلهم المشروع فى صياغة هذه المادة أحكام المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٩٥٦ من التقنين الهولندى والمادة ٢٥٠٢ من التقنين البرتغالى . ويراعى أن حجية الأحكام الجنائية تنطوى على معنى الإطلاق من ناحية ومعنى الاقتصار من ناحية أخرى . (١) فهى مطلقة بمعنى أن ما تقضى به المحاكم الجنائية يكون ملزماً للكافة ، ولذلك نصت المادة ١٩ فقرة أولى من تقنين تحقيق الجنايات المختلط على إلزام المحكمة المدنية بالفصل طبقاً لما قضى به نهائياً من المحكمة الجنائية إذا استلزم الفصل فى الدعوى المرفوعة أمامها معرفة ما إذا كانت هناك جريمة قد ارتكبت ومن ينسب إليه ارتكابها . ونصت المادة نفسها فى فقرتها الثانية على إلزام المحكمة المدنية بوقف الفصل فى الدعوى المدنية المترتبة على وقوع الجريمة إذا رفعت الدعوى الجنائية قبل الفصل فيها نهائياً ، وذلك اتقاء لتعارض الأحكام . (ب) وهى قاصرة بمعنى أن نطاق إلزامها لا يجاوز ما قضى به فعلا ، أى ما فصل فيه الحكم . ففى حالة عدم الحكم بعقوبة — وهى الحالة التى تواجهها المادة ٣٠٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى — يجوز للقاضى المدنى أن يحكم على المتهم بالتعويض دون أن ينطوى حكمه هذا على تعارض مع الحكم الجنائى ، فالواقع أن عدم القضاء بالعقوبة قد يرجع إلى انقضاء الدعوى العمومية بموت المتهم أو بالتقادم أو بالعفو الشامل ، وإزاء ذلك لا يحكم القاضى بالعقوبة لتوافر هذا السبب أو ذاك ، دون أن يفصل فى الواقعة التى أسست عليها الدعوى الجنائية . وما دام القاضى الجنائى قد اقتصر على الفصل فى أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم يمتنع توقيع عقوبة بشأنها ، فللقاضى المدنى والحال هذه أن يقضى بالتعويض دون أن يعارض بذلك ما قضى به جنائياً ، وأن يؤسس قضاءه على الواقعة نفسها بوصفها تقصيراً مدنياً وقع من المتهم . ثم إن الحكم بالبراءة قد لا ينفى قيام التقصير المدنى أيضاً ، إذ ليس ثمة تلازم بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية ، فيجوز أن يقتصر نطاق الدعوى العمومية على فعل معين لا يستتبع مسئولية جنائية ولكنه يستتبع لمسئولية مدنية ، وفى هذه الحالة تفصل المحكمة الجنائية فى المسئولية الجنائية وحدها وتقضى بالبراءة ولو أن الواقعة التى فصلت فيها أو وقائع أخرى لم تنظر فيها قد تكون أساساً لدعوى مدنية . فيجوز فعلا أن يبرأ المتهم من جريمة مخالفة قواعد المرور مع الحكم عليه بالتعويض عن تقصير مدنى لا يصدق عليه وصف الجريمة . فإذا اقتصر القاضى الجنائى على الفصل فى أن الواقعة المنسوبة إلى المتهم لا تعتبر جريمة ، جاز للقاضى المدنى أن يقضى بالتعويض دون أن يناقض بذلك ما قضى به جنائياً . ٢ — فالشرط الجوهرى فى انتفاء حجية الأحكام الجنائية الصادرة بالبراءة أو بانتفاء وجه استيفاء العقوبة أمام المحاكم المدنية هو اقتصار القاضى الجنائى على الفصل =

وتأصيل هذه القاعدة لا يرجع إلى أن الحكم الجنائى يربط القضاء المدنى بمقتضى قوة الأمر المقضى (force de la chose jugée) فإن قوة الأمر المقضى ، تقتضى الوحدة فى الخصوم والموضوع والسبب ، ولا يمكن أن يتحقق هذا إلا فى قضاء مدنى يقيد قضاء مدنياً أو فى قضاء جنائى يقيد قضاء جنائياً . أما القضاء الجنائى إذا أريد أن يقيد قضاء مدنياً ، فلن يكون هذا لوحدة فى الخصوم فالخصوم فى الدعوى الجنائية وفيهم النيابة العامة غيرهم فى الدعوى المدنية ، ولا لوحدة فى الموضوع فموضوع الدعوى الجنائية العقوبة وموضوع الدعوى المدنية التعويض ، ولا لوحدة فى السبب فسبب العقوبة خطأ جنائى وسبب التعويض خطأ مدنى . فكيف يقوم التقييد على هذا الأساس وقوة الشىء المقضى تقتضى الوحدة فى هؤلاء جميعاً !

وإنما يرجع تقييد القضاء الجنائى للقضاء المدنى إلى اعتبارين ، أحدهما قانونى والآخر عملى . أما الاعتبار القانونى فهو أن الحكم الجنائى له حجية مطلقة ، فهو حجة بما جاء فيه على الناس كافة ، ومنهم الخصوم فى الدعوى المدنية ، فهؤلاء لا يجوز لهم أن يناقشوا حجية الحكم الجنائى . والاعتبار العملى هو أنه من غير المستساغ ، والمسائل الجنائية من النظام العام ، أن يقول القاضى الجنائى شيئاً فينقضه القاضى المدنى . فإذا صدر حكم جنائى

= فى الواقعة الجنائية دون الفصل فى نسبتها . ويتحقق هذا الشرط متى قضى الحكم بأن الواقعة لم يعد وجه لاستيفاء العقوبة بشأنها أو أنها ليست مما يقع تحت طائلة العقاب (البراءة) . ولكن لو فرض أن القاضى أسس البراءة على نفى نسبة الواقعة إلى المتهم ، كان لحكمه قوة الشىء المقضى به بشأن هذه النسبة ، وتعين على القاضى المدنى أن يفصل طبقاً لهذا القضاء ، وفقاً لما تقضى به المادة ١٩ من تقنين تحقيق الجنايات المختلط . ويستفاد هذا الحكم ضمناً من المادة ٣٠٦ من هذا التقنين إذ تنص على أنه « إذا برىء المتهم وألزم بتعويضات للمدعي بالحق المدنى المذكور حسب القواعد المقررة فى المواد المدنية والتجارية » . وقد استند القضاء بوجه خاص إلى هذه المادة وقضى بإلزام المتهم بالتعويضات رغم الحكم ببراءته (جنح المنصورة فى ٥ مايو سنة ١٩٣٨ جريدة المحاكم المختلطة ٤ يونيه سنة ١٩٣٨ واستئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) ورغم تقادم الدعوى العمومية (استئناف مختلط فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٨٨) » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٥ — ص ٤٢٧) .

يقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى (مطابق) الليبي م ٣٩٤ (مطابق) — العراق م ٥٠٤ (مطابق) .

بإدانة متهم أو ببراءته ، كان مؤذياً للشعور العام ، وقد آمنت الناس على أثر الحكم الجنائى بأن المتهم مجرم أو برىء ، أن يأتى القاضى المدنى فيقول إن المتهم برىء فلا يحكم عليه بالتعويض فى الوقت الذى قال فيه القاضى الجنائى إنه مجرم ، أو يقول إن المتهم مجرم فيحكم عليه بالتعويض بعد أن قال القاضى الجنائى إنه برىء (١) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب أن يكون للحكم الجنائى الصادر بالإدانة حجيته أمام المحاكم المدنية فى الدعوى التى يكون أساسها ذات الفعل موضوع الدعوى التى صدر فيها ، وذلك منعاً من أن يجىء الحكم المدنى على خلاف الحكم الجنائى. فإنه ليس من المقبول فى النظام الاجتماعى أن توقع المحكمة الجنائية العقاب على شخص من أجل جريمة وقعت منه. ثم تأتى المحكمة المدنية فتقضى بأن الفعل المكون للجريمة لم يقع منه ، فى حين أن الشارع قد أحاط الإجراءات أمام المحاكم الجنائية — لتعلقها بأرواح الناس وحرياتهم وأعراضهم — بضمانات أكفل بإظهار الحقيقة ، مما مقتضاه أن يكون الحكم متى صدر بالادانة محل ثقة الناس كافة بصورة مطلقة لا يصح معها بأى حال إعادة النظر فى موضوعه . وإذن فإذا قضت المحكمة المدنية للمدعى بتثبيت ملكيته للأطيان المتنازع عليها ، وبنت قضاءها على رفض ما دفع به المدعى عليه الدعوى متمسكا بملكيته إياها استناداً إلى عقد بيع سبق الحكم جنائياً بإدانته فى تهمة تزويره ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى فى ١٤ يناير سنة ١٩٤٤ مجموعه عمر ٤ رقم ٩٠ ص ٢٤٥) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الحكم الصادر فى الدعوى الجنائية يجب أن تكون له حجية المحكوم فيه أمام المحكمة المدنية بالنسبة لما يقتضى الفصل فى تلك الدعوى بيانه فيه حسب القانون متى كان مناط الدعوى المدنية ذات الفعل الذى تناوله هذا الحكم . وليست العلة فى ذلك اتحاد الخصوم والموضوع والسبب فى الدعويين ، وإنما هى فى الواقع توافر الضمانات المختلفة التى قررها الشارع فى الدعاوى الجنائية ابتغاء الوصول إلى الحقيقة لارتباطها بالأرواح والحريات — الأمر الذى تتأثر به مصلحة الجماعة لا مصلحة الأفراد ، مما يقتضى أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة على الإطلاق ، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام . وهذا يستلزم حتماً ألا تكون هذه الأحكام معرضة فى أى وقت لإعادة النظر فى الموضوع الذى صدرت فيه حتى لا يجر ذلك إلى تخطئتها من جانب أية جهة من جهات القضاء . وإذا كان تفادى التعارض على الوجه المتقدم هو العلة فى تقرير حجية الحكم الجنائى فى الدعوى المدنية المتعلق موضوعها به ، فإن جريمة الإقراض بالربا لا تختلف فى هذا الصدد عن غيرها من الجرائم لتوافر هذه العلة فيها هى أيضاً — فالحكم الجنائى الصادر على المتهم فى جريمة الاعتياد على الإقراض بفوائد ربوية يكون ملزماً للقاضى المدنى فيما أثبته خاصاً بسعر الفائدة التى حصل الإقراض بها ، لأن مقدار الفائدة عنصر أساسى فى هذه الجريمة ، وإذا أبيح للقاضى المدنى إعادة النظر فيه جاز أن يؤدى ذلك إلى وجود التناقض بين الحكمين المدنى والجنائى فى أمر هو من مستلزمات الإدانة . وكذلك يكون ملزماً له فيما أثبته عن وقائع الإقراض لتعلق هذه الوقائع أيضاً — مهما كان عددها — بالإدانة ، إذ القانون لم ينص على عدد المرات التى تكون الاعتياد ، الأمر الذى يستوجب أن تكون التهمة التى حل العقاب عليها متضمنة جميع الأفعال الداخلة فى الجريمة حتى وقت المحاكمة (نقض مدنى فى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢ — وتعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ١٩٦ — ص ١٩٨) .

فمنع التعارض ما بين الأحكام الجنائية والأحكام المدنية ، وجعل هذه مسايرة لتلك ، هو الذى أملى القاعدة التى تقضى بأن القاضى المدنى يرتبط بالحكم الجنائى . لذلك لا تشترط فى تطبيق القاعدة لا وحدة الخصوم ولا وحدة الموضوع ولا وحدة السبب ، وإنما تشترط شروط ثلاثة أخرى ، هى التى ننتقل الآن إليها .

٦٣٢ — شروط القاعدة — الشرط الأول أن يكون المطلوب تقييده هو القضاء المدنى : فالقضاء الجنائى هو الذى يراد عدم الإخلال بحجيته المطلقة ، فلا يتقيد إلا بقضاء جنائى مثله يكون قد حاز قوة الشىء المقضى ، مع مراعاة الشروط المعروفة من وحدة فى الخصوم ووحدة فى الموضوع ووحدة فى السبب . والذى يتقيد بالقضاء الجنائى هو القضاء المدنى بمعناه الواسع ، فيشمل القضاء المدنى والقضاء التجارى ، بل والقضاء الإدارى .

٦٣٣ — الشرط الثانى أن يكون الحكم الذى يتقيد به القاضى المدنى هو حكم جنائى : ويكفى أن يكون الحكم الجنائى صادراً من أية جهة قضائية جنائية . حتى لو كانت جهة استثنائية كالقضاء العسكرى . ولكن يجب أن يكون الحكم الجنائى صادراً فى الموضوع ، لا حكماً تحضيرياً ولا حكماً تمهيدياً ولا أمراً متعلقاً بعمل من أعمال التحقيق الجنائى ولا قراراً صادراً من النيابة العامة[1] . ويجب أن يكون حكماً نهائياً .

= وقضت كذلك بأنه إذا قضت المحكمة الجنائية ببراءة متهم بتزوير عقد ، نافية وقوع التزوير ، فهذا الحكم يحول بتاتاً دون نظر دعوى تزوير هذا العقد التى يرفعها بصفة فرعية من كان مدعياً بالحق المدنى فى وجه المتمسك بالعقد الذى كان متهماً فى الدعوى الجنائية (نقض مدنى فى ١٢ يناير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٦ ص ٤٦٦) .

[وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن الواجب يقتضى بأن يترقب القاضى المدنى أو قاضى الأحوال الشخصية حتى يفصل القاضى الجنائى نهائياً فى أمر ورقة مدعى بتزويرها متى كانت هذه الورقة بذاتها مقدمة إلى محكمة مدنية كدليل على الإثبات : نقض جنائى فى ٢٣/٦/١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ١٧٥ ص٦٩٣].

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن قرار الحفظ الذى تصدره النيابة العامة أياً كان سببه ، سواء لأنها قدرت أن وقوع الحادث لا يرد إلى خطأ ما كانت صوره أو لأن نسبة الخطأ إلى شخص بعينه غير صحيح أو لم يقم عليه دليل كاف — هذا القرار لا يحوز قوة الأمر المقضى قبل المضرور بالحادث ، فلا يحول بينه وبين الدعوى المدنية يقيم فيها الدليل على الخطأ ونسبته إلى المدعى عليه فيها (نقض مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ ص ٧) .

ويجب أيضاً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني الذي يراد تقييده ، إذ لو كان الحكم المدني سابقاً ، واستقرت به حقوق الطرفين ، لم يجز المساس به بسبب حكم جنائي يصدر بعده . ولا يعقل — كما تقول محكمة النقض — أن ينعى على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره[١] .

والذي يقع كثيراً أن يكون الحكم الجنائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني وذلك بفضل القاعدة التي تقضي بأن الدعوى الجنائية توقف سير الدعوى المدنية . فإذا رفعت الدعوى الجنائية أمام المحكمة الجنائية والدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية ، وجب أن توقف الدعوى المدنية حتى يفصل نهائياً في الدعوى الجنائية ، وبذلك يتحقق أن يكون الحكم الجنائي النهائي سابقاً في صدوره على الحكم المدني ، ليتقيد هذا به[٢] .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاحتجاج بالحكم الجنائي أمام القضاء المدني محله أن يكون الحكم الجنائي سابقاً على الحكم المدني لا لاحقاً له ، إذ بعد استقرار الحقوق بين الطرفين بحكم نهائي مدني لا يصح المساس بها بسبب حكم جنائي يصدره بعده . وعلى ذلك إذا فصل في نزاع من محكمة مدنية ، ثم أثير هذا النزاع أمام محكمة مدنية أخرى وأخذت هذه المحكمة بحكم المحكمة المدنية الأولى في حق من صدر بينهم الحكم ، فإنها لا تكون أخطأت في تطبيق القانون ، ولو كان قد صدر بين الحكمين حكم جنائي مخالف للحكم الأول (نقض مدني في ٦ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٦ ص ٣٧٦ : كان الحكم الأول قد صدر نهائياً بين المشتري والبائع بصورية البيع بناء على ورقة ضد ادعى البائع صدورها من المشتري، فادعى هذا تزويرها وقضى برفض دعواه . ثم لما قضت المحكمة الجنائية بإدانة المتهم بتزوير ورقة الضد ، طعن المشتري في حكم المحكمة المدنية بالتماس إعادة النظر بناء على صدور الحكم الجنائي ، ولكن المحكمة المدنية قضت برفض الالتماس . وبعد الحكم الجنائي — ولكن قبل الحكم في الالتماس — باع المشتري العقار إلى آخر ، ورفع المشتري الثاني بعد الحكم في الالتماس دعواه على البائع بملكية المبيع ، فقضى في هذه الدعوى المدنية الثانية برفضها بناء على الحكم الأول الصادر بصحة ورقة الضد) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن محل التمسك بأن المحكمة المدنية تكون مقيدة بما قضى به الحكم الجنائي هو أن يكون هذا الحكم صادراً قبل الفصل في الدعوى المدنية لا بعد ذلك . فإذا كان الحكم في الدعوى المدنية قد صدر قبل الحكم الجنائي فلا محل لذلك ، إذ لا يعقل أن ينعى على حكم مخالفته حكماً لم يكن قائماً وقت صدوره (نقض مدني في ١١ يناير ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٣ ص ٥٢٥) .

(٢) ويجوز للخصم الذي يتمسك بالحكم الجنائي ليقيد به القاضي المدني أو يقدم صورة منه ، بل يجوز للقاضي المدني من تلقاء نفسه أن يأمر بضم هذه الصورة حتى يعرف مدى الحكم الذي يجب عليه أن يتقيد به ، لأن هذا يعتبر من النظام العام ، للقاضي أن يراعيه ولو لم تطلبه الخصوم .

ذلك ما تقضى به قاعدة وقف الدعوى المدنية ، وهذه هى الحكمة المتوخاة منها . ويندر أن يسبق الحكم المدنى الحكم الجنائى ، ولا يتحقق هذا إلا إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية وفصل فيها نهائياً قبل رفع الدعوى الجنائية . وفى هذه الحالة لا يتقيد الحكم المدنى بالحكم الجنائى كما قدمنا .

بقى أن نواجه فرضاً هو الذى يقع فى الغالب من الأحوال : أن ترفع الدعويان الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية ، بأن يدخل المضرور مدعياً مدنياً فى الدعوى الجنائية . فى هذا الفرض يصدر حكم واحد فى الدعويين ، فلا يتصور أن يسبق الحكم الجنائى الحكم المدنى ، وبذلك لا يكون هناك محل لتطبيق قاعدة تقييد الحكم المدنى بالحكم الجنائى ، والقاضى الجنائى الذى يصدر هذا الحكم الواحد يتقيد طبعاً بمراعاة التنسيق ما بين أجزائه ، وبهذا يتحقق الانسجام فعلا ما بين الجزء الجنائى والجزء المدنى . فإذا وقع أن تعارضا ، كان هذا سبباً للطعن بالنقض فى الحكم[1] .

---

(١) فإذا صدر حكم واحد فى الدعويين الجنائية والمدنية ، واستؤنف الحكم فى شقة المدنى دون الجنائى ، لم يجز أن يقال إن الحكم الجنائى قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدنى ، فيجب أن يتقيد هذا بذاك . ذلك أن الاستئناف يعيد القضية فى جميع نواحيهـا إلى ما كانت عليه فى الحدود التى استؤنف فيها الحكم ، ويمنع الاستئناف من أن يصبح الحكم نهائياً ، حتى فى الشق الذى لم يستأنف ، من حيث المصالح التى ظلت عن طريق الاستئناف باقية فى الخصومة (مازو ٢ فقرة ١٧٥٩) . فلمحكمة الاستئناف إذن أن تلغى الحكم بالتعويض لمصلحة المتهم الذى حكم القاضى الابتدائى بإدانته وأصبحت الإدانة نهائية بعدم استئنافها ، كما لها أن تحكم بالتعويض على المدعى عليه الذى حكم القاضى الابتدائى ببراءته وأصبحت البراءة نهائية بعدم استئنافها .

[وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن القانون إذ خول المدعى بالحقوق المدنية أن يستأنف حكم محكمة أول درجة فيما يتعلق بحقوقه المدنية قد قصد إلى تخويل المحكمة الاستئنافية وهى تفصل فى هذا الاستئناف أن تتعرض لواقعة الدعوى وتناقشها بكامل حريتها كما كانت مطروحة أمام محكمة أول درجة مما مقتضاه أن تتصدى لتلك الواقعة وتفصل فيها من حيث توافر أركان الجريمة وثبوتها فى حق المستأنف عليه ما دامت الدعويان المدنية والجنائية كانتا مرفوعتين معاً أمام محكمة أول درجة وما دام المدعى بالحقوق المدنية قد استمر فى السير فى دعواه المدنية المؤسسة على ذات الواقعة ، فإذا كانت المحكمة قد اعتبرت الحكم الابتدائى حائزاً لقوة الشىء المقضى فيه لعدم استئناف النيابة له بحيث يمتنع عليها وهى فى سبيل الفصل فى الدعوى المدنية المستأنفة أمامها أن تتصدى لبحث عناصر الجريمة من حيث توافر أركانها وثبوت الفعل المكون لها فى حق المستأنف —

٦٣٤ — الشرط الثالث أن يكون ما يتقيد به القاضى المدنى هو الوقائع التى فصل فيها الحكم النهائى وكان فصله فيها ضرورياً : وهذا هو أدق الشروط الثلاثة ، لذلك تكفل نص المادة ٤٠٦ بذكره . فالقاضى المدنى يتقيد بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون . ولا يتقيد بما فصل فيه القاضى الجنائى من هذه الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائى . فهذان أمران نتولى بحثهما .

(أولا) يتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع دون القانون . فلا يتقيد بالتكييف القانونى الذى اتبعه القاضى الجنائى لهذه الوقائع من الناحية الجنائية . مثل ذلك أن يحكم القاضى الجنائى ببراءة سائق السيارة من تهمة القتل خطأ لأن الوقائع التى ثبتت لا يمكن تكييفها من الناحية الجنائية بأنها خطأ معاقب عليه ، فلا يتقيد القاضى المدنى بهذا التكييف الجنائى ، بل عليه أن يلتزم التكييف المدنى هو يختلف عن التكييف

= عليه فى الدعوى المدنية — فإنها تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون : نقض جنائى فى أول يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢ رقم ١٧٠ ص ٤٥٢ .

كما قضت أيضاً بأن للمدعى بالحقوق المدنية أن يستأنف الحكم الصادر برفض الدعوى المدنية ولو كان قد قضى ببراءة المتهم ولم تستأنف النيابة ، ومتى رفع استئنافه كان على المحكمة الاستئنافية بمقتضى القانون أن تعرض للفعل موضوع الدعوى من جهة وقوعه وصحة نسبته إلى المدعى عليهم لترتب على ذلك آثاره القانونية . ولا يمنعها من هذا كون الحكم الصادر فى الدعوى العمومية قد أصبح نهائياً لأن الدعويين وإن كانتا ناشئتين عن سبب واحد إلا أن الموضوع فى كل منهما يختلف عنه فى الأخرى مما لا يمكن معه التمسك بحجية الحكم النهائى : نقض جنائى فى ٢٢ من أكتوبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ٤٠ ص ٩٧ وحكم مماثل فى ٢٩/١٠/١٩٥٢ نفس المرجع رقم ٤٧ ص ١٢٠ وبنفس المعنى نقض جنائى فى ١٤/١١/١٩٦١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ رقم ١٨٥ ص ٩١٢ .

كما قضت محكمة النقض بأن الحكم الابتدائى القاضى بالإدانة لا يلزم المحكمة الاستئنافية وهى تفصل فى الاستئناف المرفوع من المسئول عن الحقوق المدنية عن الدعوى المدنية على أساس أن هذا الحكم قد صار نهائياً فيما يختص بالدعوى الجنائية لعدم استئنافه من المتهم فيها أو من النيابة حتى لا يتعطل الحق المقرر بالقانون لكل من الخصوم فى الدعوى الواحدة فى الطعن على الحكم بالطرق المرسومة جميعها ، مما يلزم معه أن يكون نظر الدعوى عند الطعن عليه من واحد منهم أو أكثر غير متأثر بمسلك الباقين فى صدده فإن مسلك هؤلاء خاص بهم وحدهم ولا يمكن أن يضار به غيرهم : نقض جنائى فى ١٤/٤/١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ١٥٨ ص ٤١٦] .

الأول ، فالخطأ المدنى هنا مفروض فى جانب السائق ، ويحكم القاضى المدنى بتعويض على السائق الذى حكم القاضى الجنائى ببراءته[١] .

(ثانياً) ولا يتقيد القاضى المدنى بما فصل فيه القاضى الجنائى من الوقائع إلا بما كان الفصل فيه ضرورياً لقيام الحكم الجنائى . فليس يتقيد القاضى المدنى بجميع الوقائع التى عرض لها الحكم الجنائى وأثبتها ، بل هو لا يتقيد منها إلا بما كان ضرورياً للحكم الجنائى بحيث لو لم تثبت لانهدم الحكم الجنائى ولما أمكن أن يقوم . أما ما لم يكن ضرورياً من هذه الوقائع ، فلا يتقيد به القاضى المدنى مهما أكده القاضى الجنائى[٢] . ونستعرض الفرضين المحتملين فى تطبيق هذه القاعدة الدقيقة : (١) أن يصدر حكم جنائى بالإدانة (٢) أو يصدر بالبراءة .

١ — حكم جنائى بالإدانة[٣] : إذا سكت هذا الحكم عن ركن الضرر ولم يتعرض له لا بإثبات ولا بنفى ، كان القاضى المدنى حراً غير مقيد فى هذا الخصوص ، فله أن يثبت فى حكمه المدنى وقوع الضرر أو عدم وقوعه ، وإذا أثبت وقوعه فله أن يبين على من وقع . أما إذا عرض الحكم الجنائى لركن الضرر فأنكر وقوعه ، لم يتقيد القاضى المدنى بهذا

---

(١) أنظر فى الحكم الجنائى بالبراءة لايمنع من المسئولية المدنية : نقض جنائى فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٣٤ ص ٨١ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٠٩ ص ١١١ — وفى ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٢٢ ص ٨١٩ — وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٦٣ ص ١٠٩ — وفى ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٥٣ ص ٢٨٥ .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة ٤٥٦ من تقنين الإجراءات الجنائية أن حجية الحكم الجنائى الصادر من المحكمة الجنائية فى موضوع الدعوى الجنائية أمام المحاكم المدنية قاصرة على منطوق الحكم الصادر بالبراءة أو بالإدانة بالنسبة إلى من كان موضع المحاكمة ودون أن تلحق الأسباب التى لم تكن ضرورية للحكم بهذه البراءة أو تلك الإدانة . فإذا لم يكن الخصم متهماً فى الحكم الجنائى الذى يتمسك بحجيته، فلا يمكنه أن يفيد من عبارات قد يكون الحكم المذكور أوردها فى سياق أسبابه (نقض مدنى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٤٢ ص ١٠٠١)] .

(٣) حتى لو صدر عفو عن الجريمة أو عن العقوبة ، فإن العفو إنما يزيل الأثر الجنائى دون الأثر المدنى .

إلا إذا كان وقوع الضرر أو عدم وقوعه من شأنه أن يؤثر فى منطوق الحكم الجنائى . فإذا قال القاضى الجنائى فى حكمه إن ضرراً ما لم يقع على المجنى عليه ، ولم يكن وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، لم يتقيد القاضى المدنى بما قاله القاضى الجنائى . وله أن يثبت فى حكمه أن المجنى عليه قد أصابه ضرر ، إذ لا خوف من التعارض ما بين الحكمين الجنائى والمدنى ، لأنه حتى لو أصيب المجنى عليه بضرر فإن الحكم الجنائى يبقى صحيحاً . وإذا حكم القاضى الجنائى بأن الضرر لم يقع ، وبنى على ذلك أن الجريمة شروع لا فعل تام ، تقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ولم يستطع أن يقول إن الضرر قد وقع ، لأن هذا يتعارض مع الحكم الجنائى فى مسألة لو صح فيها الحكم المدنى لانهدم الحكم الجنائى وهو يقوم على أن الجريمة شروع لا فعل تام . يبقى أن يعرض الحكم الجنائى لركن الضرر فيثبت وقوعه . فإن كان وقوع الضرر غير مؤثر فى الحكم الجنائى ، كالحكم فى مخالفة من مخالفات المرور ، لم يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى ، وله أن يثبت فى حكمه أن الضرر لم يقع ، لأنه حتى لو صح هذا لم ينهدم الحكم الجنائى . وإن كان وقوع الضرر مؤثراً فى الحكم الجنائى ، كالحكم بالإدانة فى تهمة قتل ، تقيد القاضى المدنى بأن القتل قد وقع ، ولا يستطيع أن ينفى فى حكمه هذه الواقعة . وإذا عين الحكم الجنائى الشخص الذى وقع عليه الضرر وكان هذا مؤثراً فى الحكم الجنائى ، تقيد به القاضى المدنى ، كما إذا أثبت القاضى الجنائى أن السرقة وقعت على الزوج أو أن هتك العرض وقع على شخص تحت سلطة المتهم ، فلا يستطيع القاضى المدنى أن يثبت فى حكمه غير ذلك ، لأن الحكم الجنائى يتأثر بهذا التعارض ، فإن كون المجنى عليه هو زوج المتهمة أعفى هذه من عقوبة السرقة ، وكون المجنى عليها هى تحت سلطة المتهم شدد من عقوبة هتك العرض . وإذا عرض القاضى الجنائى للضرر من حيث طبيعته أو من حيث مقداره ، فإن هذا لا يؤثر عادة فى الحكم الجنائى ، فلا يتقيد به القاضى المدنى . أما إذا أثر ، كأن أثبت القاضى الجنائى أن الضرر هو عاهة مستديمة أو أثبت أن الجرح نشأ عنه عجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً ، تقيد القاضى المدنى بذلك ، لأن العاهة المستديمة قلبت الجنحة إلى جناية ،

ولأن الجرح إذا أعجز عن العمل مدة تزيد على عشرين يوماً استوجب عقوبة أشد .

أما بالنسبة إلى ركن الخطأ ، فأن الحكم الجنائى القاضى بالإدانة يكون قد عرض له حتما وأثبت وجوده ، وإلا لما صدر حكم بالإدانة . فيتقيد القاضى المدنى فى حكمه بوجود الخطأ من الناحية المدنية . ذلك أن كل خطأ جنائى هو فى الوقت ذاته خطأ مدنى ، ولا عكس[1] . وإذا كان قد يقع أن الخطأ الجنائى — وهو فى الوقت ذاته خطأ مدنى كما قدمنا — لا يحدث ضرراً ، كجريمة التشرد وجرائم المرور والشروع فى الجرائم ، فلا تتحقق المسئولية المدنية ، فان ذلك لا يرجع إلى أن الخطأ الجنائى ليس بخطأ مدنى ، بل يرجع إلى أن ركناً من أركان المسئولية التقصيرية لم يقم وهو ركن الضرر ، كذلك يتقيد القاضى المدنى بما أثبته الحكم الجنائى من الخطأ ، لا فى ركنه المادى فحسب ، بل أيضاً فى ركنه المعنوى . فاذا قال الحكم الجنائى إن المتهم صدر منه خطأ هو مسئول عنه ، لم يجز للقاضى المدنى أن ينفى المسئولية المدنية بدعوى الإكراه أو عدم التميز أو نحو ذلك . أما بيان جسامة الخطأ فى الحكم الجنائى فيقيده القاضى المدنى أو لا يقيده وفقاً لما إذا كانت هذه الجسامة ضرورية لقيام الحكم الجنائى أو غير ضرورية . فاذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه عمد أو غير عمد ، فان القاضى المدنى يتقيد بهذا الوصف ، لأن وصف الخطأ الجنائى بأنه عمد أو غير عمد من شأنه أن يؤثر فى وصف الجريمة ذاتها . وإذا وصف الحكم الجنائى الخطأ بأنه جسيم أو يسير ، فإن هذا ليس من شأنه أن يؤثر فى الحكم الجنائى وإن أثر فى تقدير العقوبة ، فلا يتقيد به القاضى المدنى ، لأن الخطأ الجسيم من الناحية الجنائية ليس هو حتما الخطأ الجسيم من الناحية المدنية .

---

(١) لذلك لا يتقيد القاضى المدنى بالحكم الجنائى الذى ينفى الخطأ الجنائى ويقضى بالبراءة ، إذ يجوز أن يكون هناك خطأ مدنى دون أن يوجد خطأ جنائى ، وسيأتى ذكر ذلك .

[وقد قضت محكمة النقض بأن الحكم بالتعويض غير مرتبط حتما بالحكم بالعقوبة فى الدعوى الجنائية ، إذ أن الشارع أوجب على المحكمة أن تفصل فى الدعوى المدنية — فالفعل ولو لم يكن جريمة معاقباً عليها قانوناً إلا أنه مع ذلك قد يكون جنحة أو شبه جنحة مدنية يصح لمن ناله ضرر منه أن يطالب بتعويضه : نقض جنائى فى ١٩٥٩/١١/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٠ رقم ١٨١ ص ٨٤٩] .

أما ركن السببية ، فإن أثبت الحكم الجنائى أنه موجود أوغير موجود فكأنما أثبت أن الضرر قائم . ويكون الأمر أمر حكم جنائى أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه . وقد مر بنا تفصيل ذلك . وإذا أثبت الحكم الجنائى أن هناك سبباً أجنبياً ينفى رابطة السببية ، فكأنما أثبت أن الضرر غير قائم ولكن إذا جعل الحكم الجنائى هذا السبب الأجنبى داعياً لتقسيم التعويض بين المسئول والمصاب والغير ، وفقاً للقواعد التى مر ذكرها ، لم يكن القاضى المدنى مقيداً بهذا التقسيم ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائى .

٢ — حكم جنائى بالبراءة : كذلك إذا صدر حكم جنائى ببراءة المتهم ، فان ما ورد فى هذا الحكم مما يعد ضرورياً لقيامه يقيد القاضى المدنى . ولا يتقيد هذا بما ورد فى الحكم الجنائى إذا لم يكن ضرورياً . فاذا أثبت الحكم القاضى بالبراءة وجود الضرر وطبيعته ومداه ولكنه برأ المتهم ، فان ما ورد فيه عن وجود الضرر وعن طبيعته ومقداره لا يقيد القاضى المدنى ، إذ هو ليس ضرورياً لقيام الحكم الجنائى بالبراءة . وإذا أنكر الحكم الجنائى وقوع الضرر ، فليس هذا مؤثراً فى قيامه ، لأن الجريمة قد تتم دون أن يقع ضرر ، فلا يتقيد القاضى المدنى بذلك . على أنه قد يكون وقوع الضرر ركناً من أركان الجريمة ، كجريمة القتل باهمال أو الضرب الذى أفضى إلى الموت ، فاذا أنكر الحكم الجنائى القاضى بالبراءة أن القتل قد وقع أو أن الضرب أفضى إلى الموت ، فان هذا يقيد القاضى المدنى .

وإذا أثبت الحكم الجنائى القاضى بالبراءة عدم وقوع الخطأ أو وقوعه ، فى أحد ركنيه المادى أو المعنوى أو فى ركنيه جميعاً ، فإن القاضى المدنى يتقيد بما ورد من ذلك فى الحكم الجنائى . فإذا قال هذا الحكم إن المتهم لم يرتكب الخطأ المنسوب إليه أو أن الخطأ وقع منه فى ماديته ولكنه غير مسئول عنه لأنه عديم التمييز أو لأنه أكره عليه أو لأنه كان يدافع عن نفسه ، ففى كل هذه الأحوال يتقيد القاضى المدنى بما أثبته الحكم الجنائى ، ولا يستطيع أن يقول إن المتهم ارتكب الخطأ وهو مسئول عنه لأنه مميز أو لأنه لم يكره أو لأنه لم يكن فى حالة دفاع شرعى [1] . ولكن ذلك لا يعنى أن القاضى المدنى يتقيد

(١) وكذلك إذا قضى الحكم الجنائى بالإدانة وقال إن المتهم ارتكب الخطأ المنسوب إليه وإنه مسئول، فلا يستطيع القاضى المدنى أن يقول إنه لم يرتكب الخطأ أو إنه ارتكبه ولكنه غير مسئول عنه .

هذا وتختلف الحالة التى نحن بصددها عن حالة ما إذا رفعت الدعويان الجنائية والمدنية معاً أمام المحكمة الجنائية ، وقضى بالبراءة فى الدعوى الجنائية وبرفض طلب التعويض فى الدعوى المدنية ، واستؤنف الحكم =

بالتكييف الجنائى للوقائع التى أثبتها الحكم الجنائى . فقد يرى القاضى الجنائى أن المتهم غير مدان لأنه لم يثبت فى جانبه خطأ جنائى يجعله مسئولا عن القتل بإهمال وهى الجريمة التى نسبت إليه ، ولكن القاضى المدنى قد يحكم مع ذلك على المتهم بالتعويض لأنه مسئول عن خطأ مدنى مفروض فى جانبه[1] .

= المدنى دون الحكم الجنائى . فقد قدمنا (أنظر آنفاً فقرة ٦٣٣ فى الهامش) أنه لا يجوز أن يقال إن الحكم الجنائى قد أصبح نهائياً وقد سبق الحكم المدنى فيجب أن يتقيد هذا بذاك . فالحكم المدنى فى هذه الحالة قد يقضى بالتعويض مع قيام حكم البراءة . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا رفع المدعى المدنى دعواه مباشرة ضد المتهم لقذفه إياه علناً ، طالباً عقابه والحكم عليه بتعويض ، ثم قضت المحكمة ببراءة المتهم ورفض دعوى التعويض ، فاستأنف المدعى ولم تستأنف النيابة ، فأيد الحكم استئنافياً ، فطعن بطريق النقض ، فنقض الحكم ، ثم أعيدت المحاكمة ، فقضى على المتهم بالتعويض عملا بالمادتين ١٥٠ و١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، فلا يصح على المتهم أن ينعى على المحكمة أنها فى حكمها قد تعرضت لإثبات واقعة القذف ولا أنها أقامت التعويض على تينك المادتين المذكورتين ، وذلك (أولا) لأن المحكمة لها بل عليها أن تتعرض لإثبات تلك الواقعة ما دامت تفصل فى طلب التعويض عن الضرر المدعى حصوله منها ، ولا يمكن أن يحول دون ذلك عدم إمكان الحكم لأى سبب من الأسباب بالعقوبة على المتهم ما دامت الدعويان المدنية والجنائية كانتا مرفوعتين معاً أمام المحكمة الجنائية ، وما دام المدعى بالحق المدنى قد استمر فى السير فى دعواه المدنية ، مما لا يصح معه القول بأن الحكم فى الدعوى الجنائية بسبب عدم الطعن فيه من النيابة العمومية قد حاز قوة الشيء المحكوم فيه بالنسبة إليه ، (وثانياً) لأن أساس التعويض عن كل فعل ضار هو المادتان ١٥٠ و١٥١ مدنى (قديم) ولو كان الفعل الضار يكون جريمة بمقتضى قانون العقوبات (نقض جنائى فى ١٦ أبريل سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ٢١٣ ص ٥١٦) .

[1] وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتهم شخص بأنه أجرى إنشاء سور خشبى خارج عن خط التنظيم وداخل فى الملك العام ، وقضت المحكمة ببراءته قائلة إنه لم يثبت لها من محضر المخالفة ولا من جواب البلدية أن الأرض موضوع المخالفة قد صار نزع ملكيتها فعلا حتى يمكن أن تعتبر من المنافع العامة وأن المتهم قدم صورة عقد ملكية مسجل الخ ، وأنه إذا كان الركن الأساسى للجريمة فى تلك المخالفة هو كون السور خارجاً عن خط التنظيم وداخلا فى الملك العام ، ولم يثبت للمحكمة أن الأرض التى أقيم فيها السور من المنافع العامة فيكون ركن الجريمة هذا غير متحقق ويتعين إذن تبرئة المتهم من المخالفة دون حاجة إلى الفصل فى مسألة ملكية شخص معين بالذات لتلك الأرض — إذا كان ذلك كذلك فإن كل ما يفيده حكم البراءة هذا ويصح الاحتجاج به فى صدده إنما هو أن الأرض موضوع النزاع لم تكن فى يوم المخالفة من المنافع العامة. وإذن فإذا ما طرح النزاع فى شأن ملكية هذه الأرض بعد ذلك على المحكمة المدنية ، وحكمت بالملكية لغير المخالف المحكوم ببراءته ، فإنه لا يمكن القول بأن حكمها هذا يكون مناقضاً لحكم البراءة فى المخالفة (نقض مدنى فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٨٠ ص ٥١٣) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الجنائى الصادر بتبرئة المتهم بإخفاء أشياء مسروقة لا يمنع من الحكم عليه بتعويض للمجنى عليه فى جريمة السرقة ، إذا كان المخفى قد ارتكب فى القليل إهمالا بقبوله =

وإذا أثبت الحكم الجنائى القاضى بالبراءة وجود السببية أو انعدامها ، فكأنما أثبت قيام الضرر أو عدم قيامه ، فتتبع الأحكام التى قدمناها فى هذه المسألة . وكذلك إذا أثبت الحكم الجنائى وجود سبب أجنبى ينفى السببية فكأنما أثبت عدم قيام الضرر . ولكن إذا أثبت أن السبب الأجنبى من شأنه أن يقسم التعويض ما بين المسئول والمصاب والغير ، فهذا التقسيم ، وهو غير ضرورى لقيام الحكم الجنائى ، لا يتقيد به القاضى المدنى .

المطلب الرابع

الحكم الصادر فى دعوى المسئولية وطرق الطعن فيه (وبخاصة طريق الطعن بالنقض)

٦٣٥ — مسألتاه : بعد أن حددنا طرفى الخصومة فى دعوى المسئولية ، والطلبات

= بضاعة من شخص لا يتجر فى مثلها دون أن يستعلم منه عن مصدر هذه البضاعة (استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٥٦ — أنظر أيضاً فى أن الحكم الجنائى بالبراءة لا يقيد القضاء المدنى فى الحكم بالتعويض : استئناف مختلط فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٧ — وفى ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩) .

[وقد قضت محكمة النقض بأن القضاء بالبراءة لعدم العقاب على واقعة القبض بدون وجه حق لا يؤدى حتماً إلى انتفاء المسئولية المدنية ولا يمنع من أن تكون نفس هذه الواقعة فعلا خاطئاً ضاراً يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر : نقض جنائى فى ١٩٥٦/٤/١٧ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم السنة ٥٦ العدد ٥ و ٦ رقم ٨٤] .

هذا وإذا تماثل الخطأ الجنائى والخطأ المدنى ، كانت تبرئة المتهم من الخطأ الجنائى مانعة من الحكم عليه بالتعويض . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم الجنائى ببراءة مالك العقار الذى كان متهماً بأنه مع علمه بوجود خلل فى البلكون لم يرممه وتسبب بذلك فى إصابة أحد السكان ، وكان سبب البراءة هو عدم وقوع خطأ من جانبه إذ هو كان قد قام بإصلاح البلكون فعلا ، فإن هذا الحكم يمنع القاضى المدنى من أن يستمع إلى الادعاء بوقوع الخطأ الذى قضى بانتفائه (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص ٢٥ . ويلاحظ أن الحكم الجنائى هنا إذا منع الحكم بالتعويض عن خطأ كان لا بد من إثباته فى جانب مالك البناء وفقاً للقانون المدنى القديم ، فإنه لا يمنع الحكم بالتعويض عن خطأ مفروض فى جانب مالك البناء وفقاً للمادة ١٧٧ من التقنين المدنى الجديد) .

أنظر فى هذا الموضوع تعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ١٩٦ — ص ٢٤٩ .

التى يتقدم بها المدعى والدفوع التى يرد بها المدعى عليه الدعوى ، وكيف تثبت هذه الطلبات والدفوع ، بقى أن نتكلم فى الحكم الذى يصدر فى الدعوى لنرى : (١) ما هى طرق الطعن التى توجه إليه (٢) وما هى الآثار التى تترتب عليه .

§ ١ — طرق الطعن فى الحكم الصادر فى دعوى المسئولية

٦٣٦ — طرق الطعن بوجه عام : لا يختلف الحكم الصادر فى دعوى المسئولية عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . فهو إذا صدر غيابياً يقبل الطعن فيه بطريق المعارضة . وإذا صدر من محكمة الدرجة الأولى يقبل الطعن فيه بطريق الاستئناف .

أما طرق الطعن غير العادية فهى النقض والتماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذى يتعدى إليه الحكم . ولا كلام فى الطريقين الأخيرين . إذ تطبق فى شأنهما الأحكام المعروفة فى قانون المرافعات .

٦٣٧ — الطعن بطريق النقض : وكذلك الطعن بطريق النقض ؛ فإنه هو أيضاً تتبع فى شأنه أحكامه المعروفة . ومن هذه الأحكام أنه لا يجوز لأول مرة أمام محكمة النقض أن تقدم لا طلبات جديدة (demandes nouvelles) ولا وسائل جديدة (moyens nouveaux) بخلاف محكمة الاستئناف فيجوز أن تقدم إليها الوسائل الجديدة دون الطلبات . ومن ثم لا يجوز الاستناد لأول مرة أمام محكمة النقض على الخطأ التقصيرى المفترض أو الخطأ العقدى ، إذا كان المدعى قد استند أمام محكمة الموضوع على الخطأ التقصيرى الثابت . ويجوز ذلك أمام محكمة الاستئناف ، على خلاف فى الرأى بيناه فيما تقدم[١] .

بقى أن نجمل هنا — وكنا قد أشرنا إلى ذلك فى أماكن متفرقة — ما هو الواقع الذى لا يجوز لمحكمة النقض أن تعقب عليه وما هو القانون الذى يخضع لرقابتها فى شأن أركان المسئولية الثلاثة : الخطأ والضرر والسببية .

---

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٢٢ .

١ — الخطأ : لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التى يقدمها المدعى لإثبات ركن الخطأ أو لنفيه[1] ، وماصح منها وقوعه ومالم يصح . أما التكييف القانونى لما صح وقوعه عند محكمة الموضوع ، وهل هذه الوقائع يصح أن توصف بأنها خطأ[2] ، وهل هذا الخطأ تقصيرى أو عقدى ، وإذا كان تقصيرياً هل هو عمد أو جسيم أو يسير ، وهل يكفى أن يكون مفترضاً أو يجب إثباته ، وهل إذا كان مفترضاً يجوز إثبات العكس أو لا يجوز ، كل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . كذلك تعتبر مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض ما إذا كان الركن المعنوى متوافراً فى الخطأ وهل انعدام التمييز من شأنه ألا يجعل الخطأ قائماً ، وهل قامت أسباب من شأنها أن تعدم الخطأ كالدفاع الشرعى وتنفيذ أمر الرئيس وقيام حالة الضرورة ، ومتى يكون الشخص

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد استقر على نفى المسئولية التقصيرية بناء على أسباب سائغة استخلصتها نتيجة لفهم سليم للواقع وتطبيق صحيح للقانون ، فإنه لا يكون ثمة محل للنعى عليه فى ذلك (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٩٩ ص ٨٧٨)] .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن تكييف وقائع التقصير الثابتة بأنها خطأ يخضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٧ ص ٢١٤) . وقضت أيضا بأن تحقيق حصول الفعل أو الترك أو عدم حصوله هو من الأمور الواقعية التى تدخل فى سلطة قاضى الموضوع ولا معقب لتقديره . أما ارتباط الفعل أو الترك بالضرر الناشىء ارتباط المسبب بالسبب والمعلول بالعلة ، وكذلك وصف ذلك الفعل أو الترك بأنه خطأ أو غير خطأ ، فهما كلاهما من المسائل القانونية التى يخضع فى حلهما قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض . فإذا قضى حكم على وزارة الداخليـة بالتعويض لورثة شخص سقطت عليه مئذنة جامع فقتلته ، مستنداً إلى وقوع خطأ من جانب أحد الأقسام فى تنفيذ إشارة مهندس التنظيم المبلغة لهذا القسم لمنع المرور أمام ذلك الجامع خشية من سقوط مئذنته لوجود خلل بها ، إذ القسم لم يغلق الحوانيت ولا منصوص فيها على منع المرور من الشارع منعاً كلياً ، وثبت أن البوليس قام بتنفيذ ما طلب منه فى حدود نص الإشارة وفى حدود المعقول ، فالقضاء بالتعويض استناداً إلى وقوع خطأ من البوليس مخالف للقانون (نقض مدنى فى ١١ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٨ ص ٣٠٠ — ونلاحظ أنه إذا كان لمحكمة النقض أن تراقب محكمة الموضوع فى تكييفها الأعمال الصادرة من المدعى عليه بأنها خطأ ، فهى فى ذلك تلتزم تطبيق معيار الخطأ . وإذا صح أن البوليس لم يخطىء إذ قام بتنفيذ ما طلب منه فى حدود نص الإشارة وفى حدود المعقول ، أى أنه لم ينحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى فى الظروف الخارجية التى وجد فيها ، فمهندس التنظيم قد أخطأ بعدم النص فى الإشارة على اتخاذ جميع التدابير اللازمة للوقاية من خطر سقوط المئذنة ، فانحرف بذلك عن السلوك المألوف للشخص العادى ، وتكون الحكومة على كل حال مسئولة عن خطأ مهندس التنظيم) .

المعنوى مسئولا عن الخطأ ، وفى أى الأحوال يوجد التعسف فى استعمال الحق . ويمكن القول بوجه عام إن جميع مسائل الخطأ تخضع لرقابة محكمة النقض إلا ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية فى هذا الشأن[١] .

٢ — الضرر : ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية فى شأن الضرر . فإذا قررت أن المدعى قد كسر له ضلع أو أن سيارته قد تلفت أو أن منزله قد حرق ، فلا تعقيب لمحكمة النقض على صحة هذه الوقائع فى ذاتها[٢] . أما تكييفها

---

(١) ويجب أن تستخلص المحكمة الخطأ من وقائع ثابتة منتجة تذكرها فى الحكم ، وإلا كان حكمها باطلا لقصور أسبابه . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجب على المحكمة عند القضاء بتعويض يدعى ترتبه على إجراءات كيدية ضارة أن تثبت فى حكمها أركان الخطأ المستوجب للتعويض تطبيقاً للمادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، وإلا كان حكمها باطلا لقصور أسبابه (نقض مدنى فى ٢١ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٦٦ ص ١١١٩) . وقضت أيضاً بأنه متى أثبتت الحكم الأفعال التى صدرت من شخص ما (فرداً كان أو شخصاً معنوياً) واعتبرها متصلة بعضها ببعض اتصال الأسباب بالنتائج ، ثم وصف هذه الأفعال بأنها أفعال خاطئة قد ألحقت ضرراً بشخص ما ، واعتبر من صدرت منه تلك الأفعال مسئولا عن الضرر الذى نشأ عنها ، فلا مخالفة فى ذلك للقانون . وإذن فإذا حمل الحكم مصلحة الآثار مسئولية خطأها فى سحبها من متجر بالآثار رخصته ، وما ترتب على هذا السحب من اعتباره متجراً بغير رخصة ، وتحرير محضر مخالفة له ، ومهاجمة منزله ، وإزالة اللوحة المعلقة على محل تجارته الخ . وقضى له بناء على ذلك بتعويض عما لحقه من الأضرار ، فقضاؤه بذلك صحيح قانوناً (نقض مدنى فى ٩ إبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٤٥ ص ١٠٩١ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقضت كذلك بأنه إذا انتحل الحكم للحادث الضار سبباً تقصيرياً لا يمكن استخلاصه عقلا من عناصر التحقيق التى كانت أمام المحكمة ، فيتعين نقضه (نقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠ : وقد جاء فى أسباب الحكم ما يأتى : وحيث أن قول الحكم المطعون فيه أن الفعل الضار فى هذه الدعوى هو انفلات سير البرعة فى آلة بخارية عن موضعه بحركة عنيفة فجائية ، وأن هذا الانفلات العنيف الفجائى لا يكون إلا إذا كانت الآلة مختلة وكان السبب فى اختلالها تقصير صاحبها فى صيانتها هو قول لا مصدر له فى محضر ضبط الواقعة ، إذ لم يرد به فى أى موضع منه أن السير انفلت أصلا بعنف أو بغير عنف ، وأن علة انفلاته هى الخلل ، بل الذى جاء به لا يمكن أن يستخلص العقل منه ما استخلصه الحكم المطعون فيه ... وأقصى مايصح استنتاجه عقلا ... أن سير الغربال لم يكن فى موضعه الطبيعى ، وأن المتوفى حاول رده إلى موضعه ، فصعد السلم بغير أن يوقف الآلات ، فأصيب ... كل ذلك جاء دالا على ألا انفلات لسير البرعة ولا محل للظن بأن هناك انفلاتاً ، ولا أن علة هذا الانفلات هى الخلل فى الآلات — وترى محكمة النقض فى هذا الحكم تتشدد كثيراً فى استخلاص الخطأ من الوقائع الثابتة) .

(٢) ولكن يجب أن يذكر الحكم ما هو الضرر الذى أصاب المدعى ، وإلا اعتبر التسبيب قاصراً .

القانونى ، وهل تكفى لتكوين ركن الضرر ، وهل هذا الضرر محقق أو محتمل ، وهل هو ضرر مباشر أو غير مباشر ، وما هو الضرر الأدبى ، وهل يجب تعويضه ، كل هذه من مسائل القانون . وتقدير الضرر ، وتعيين طريقة تعويضه ، وتحديد المبلغ اللازم للتعويض إذا كان التعويض نقداً ، كل هذه من مسائل الواقع لا تعقيب عليها من محكمة النقض . ولكن تقسيم التعويض بالنسبة التى يوجبها القانون على المسئول والمضرور والغير مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض[1] .

= وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضى الحكم بتعويض على شخص لعدم تقديمه عقد إجارة مودعاً لديه إلى شريكه فى الإجارة ، دون أن يبين وجه الضرر الذى لحق بالمحكوم له بالتعويض ، مع نفى المحكوم عليه لحوق أى ضرر به ، اعتبر هذا الحكم غير مسبب فيما أوجبه من التعويض وتعين نقضه (نقض مدنى فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٥ ص ١٥٨) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير التعويض عن الضرر أمر متروك لرأى محكمة الموضوع ، فهى إذ تقدر تعويض الضرر المترتب على دفاع كيدى ، وتبين كيفية تقديرها له ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، ما دامت قد اعتمدت فى ذلك على أساس معقول (نقض مدنى فى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٢ ص ٢٨) . وقضت بأن إثبات حصول الضرر أو نفيه من الأمور الواقعية التى تقدرها محكمة الموضوع فإذا رأت محكمة الاستئناف أن ما وقع من المتعهد بتوريد الأغذية لأحد الملاجىء هو « أمر خطير فيه تعريض لصحة اللاجئات فضلا عما فيه من إفساد للمستخدمين الموكول إليهم حمايتهن والمحافظة على سلامتهن » ، ثم رأت أن التعويض المشروط فى عقد التوريد عن هذا الفعل متناسب وغير جائر ، فحكمت بإلزام المتعهد به فلا معقب على حكمها لمحكمة النقض (نقض مدنى فى ٧ مارس سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤١ ص ١٢٣) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة قد قدرت التعويض على أساس ما أثبتته على المحكوم عليه من الخطأ فى عدوله عن الصفقة التى كان المزاد فيها قد رسا عليه ، وما أثبتته على المحكوم له ذاته من تباطؤ وتراخ فى إبلاغ رسو المزاد فى الوقت المناسب إلى الراسى عليه ، وما كانت عليه الأسعار من تقلبات فى الفترة ما بين المزاد الأول والمزاد الثانى الذى كان طلب التعويض على أساس نقص الثمن فيه ، فإنها تكون قد بينت أساس التعويض المقضى به ، وهذا يكفى لسلامة الحكم . أما قيمة التعويض فتروكة لسلطة المحكمة تقدرها على وفق ما تراه (نقض مدنى فى ٤ يونية سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٠ ص ٤٧٣) [وقضت بأن تعديل المحكمة الاستئنافية لقيمة التعويض بالزيادة أو النقص أمر موضوعى (نقض مدنى فى ١٩٥٤/٦/٢٨ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٦٦ ص ٨٢٧] وقضت كذلك بأن التعويض يقدر بقدر الضرر ، ولئن كان هذا التقدير من المسائل الواقعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ، فإن تعيين العناصر المكونة قانوناً للضرر والتى يجب أن تدخل فى حساب التعويض من المسائل القانونية التى تهيمن عليها محكمة النقض ، لأن هذا التعيين من قبيل التكييف القانونى للواقع (نقض مدنى فى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

[غير أن الدائرة الجنائية بمحكمة النقض لاترى حاجة إلى بيان عناصر الضرر ، مستندة فى ذلك إلى =

٣ — السببية : ولا معقب على محكمة الموضوع فيما تسجله من الوقائع التي يستفاد منها قيام علاقة السببية ، مابين الخطأ والضرر [1] . أما تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية . وهل هي كافية لإيجاد علاقة السببية ،وما هو السبب الأجنبي الذي تنتفي معه هذه العلاقة ، وما هي الشروط الواجب توافرها في القوة القاهرة والحادث المفاجيء ، وهل هناك فرق ما بين السببين، وما الأثر الذي يترتب على فعل المضرور وفعل الغير في تحديد مسئولية المدعى عليه ، وما الحكم إذا تعددت الأسباب ، وماذا يترتب على تعاقب الأضرار ، فكل هذه مسائل قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

وخلاصة ما تقدم : ويمكن القول بوجه عام إن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية في شأن الأركان الثلاثة للمسئولية ، من خطأ وضرر وسببية ، لا تعقب عليه محكمة النقض . أما التكييف القانوني لهذه الوقائع ، ويدخل في ذلك ما يجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فذلك يدخل في المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا .

§ ٢ — الآثار التي تترتب على الحكم الصادر في دعوى المسئولية

٦٣٨ — الحكم ليس هو مصدر الحق في التعويض — نشوء الحق في التعويض منذ وقوع الضرر : مصدر الحق في التعويض ليس هو الحكم الصادر في دعوى المسئولية. فالحكم ليس إلا مقرراً لهذا الحق ، لا منشئاً له . وحق المضرور في التعويض إنما نشأ من

= أن تقدير التعويض من سلطة محكمة الموضوع ، ولهذا لا يقبل النعي على الحكم بأنه لم يبين أسس التقدير أو عناصر الضرر (انظر نقض جنائي في ٢٢/١٠/١٩٥١ مجموعة أحكام النقض الجنائي السنة ٣ رقم ٤٠ ص ٩٧ وفي ١٠/١/١٩٥٤ — نفس المجموعة ٥ رقم ٢٠٥ ص ٦٠٤ — وفي ١٧/٥/١٩٥٤ — نفس المجموعة ٥ رقم ٢١٥ ص ٦٤٠ — وفي ٢٤/٥/١٩٥٤ نفس المجموعة ٥ رقم ٢٣٣ ص ٦٩٩ — وفي ٧/٦/١٩٥٥ نفس المجموعة ٦ رقم ٣١٦ ص ١٠٧٥] .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن القول بقيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر هو من المسائل المتعلقة بالواقع . فلا يخضع قاضي الموضوع في فهمه له لرقابة محكمة النقض ، إلا أن يشوب تسبيبه عيب (نقض مدني في ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٧ ص ٥٦٥) .

العمل غير المشروع الذى أتاه المسئول ، فرتب فى ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسئولية الثلاثة ، وإذا أردنا التحديد فمن وقت وقوع الضرر لا من وقت ارتكاب الخطأ ، ومن هذا الوقت لا قبله تتحقق المسئولية فى ذمة المسئول ويترتب حق المضرور فى التعويض[١] .

ونشوء الحق فى التعويض وقت وقوع الضرر لا وقت صدور الحكم له أهمية عملية من وجوه كثيرة ، نذكر منها الوجوه الآتية :

أولا — يجوز للمضرور أن يتصرف فى حقه ، أو أن يتصرف بمقتضى هذا الحق ، من وقت وقوع الضرر ، ولا حاجة به إلى انتظار الحكم . فله من وقت وقوع الضرر أن يحول حقه إلى الغير ، وأن يوقع حجزاً تحت يد مدين المسئول ، ولو أفلس المسئول حتى قبل صدور الحكم دخل المضرور فى التفليسة ، وإذا كان المسئول مؤمناً على مسئوليته كان للمضرور حق الرجوع على شركة التأمين حتى لو جد ما بين وقوع الضرر وصدور الحكم ما يستوجب سقوط الحق فى التأمين .

ثانياً — يسرى التقادم فى دعوى المسئولية ، لا من وقت صدور الحكم ، بل من وقت وقوع الضرر أو من وقت العلم بالضرر وبالمسئول عنه على التفصيل الذى قدمناه .

ثالثاً — للمضرور ، إلى جانب التعويض الأصلى ، تعويض عن التأخير يسرى من وقت وقوع الضرر . ولا يتوقف هذا الحق على الإعذار لأن الإعذار لا ضرورة له إذا

---

(١) أنظر فى هذا المعنى : استئناف مختلط فى ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٦ — وفى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٨ . وتقضى محكمة النقض الفرنسية بترتيب الحق فى التعويض من وقت الحكم (أنظر فى هذا القضاء وفى نقده مازو ٣ فقرة ٢٢٥٣ — فقرة ٢٢٦٠ — وانظر فى هذا المعنى أيضاً من أن الحق فى التعويض لا ينشأ إلا من وقت الحكم النهائى محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٧ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ١٠٧ ص ٢٠٦) .

هذا وقد ينشأ الحق فى التعويض قبل وقوع الضرر ، وذلك فى حالة ما إذا كان هـذا الضرر مستقبلا ولـكنه محقق . فقد رأينا فيما قدمناه أن الحق فى التعويض ينشأ منذ وقوع الخطأ عن ضرر مستقبل محقق الوقوع .

كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع . ولا يتوقف على صدور الحكم لأن الحق فى التعويض الأصلى قد نشأ من وقت وقوع الضرر . ولكن لما كان التعويض الأصلى قبل صدور الحكم غير معلوم المقدار ، فهناك رأى يذهب إلى أنه لا يمكن تطبيق أحكام الفوائد القانونية فإن تطبيق هذه الأحكام يقتضى أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب . فلم يبق إذن إلا تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن القاضى لا يحكم بتعويض عن التأخير إلا إذا طلب المضرور ذلك وأثبت الضرر الذى أصابه من التأخير . ومهما يكن من أمر فإن الذى يقع فى الغالب أن القاضى يقدر مبلغاً من النقود تعويضاً عن الضرر ، ويدخل فى تقديره النوعان من الضرر : الضرر الأصلى الناشىء عن خطأ المسئول ، والضرر الناشىء عن التأخير فى دفع التعويض إلى يوم النطق بالحكم . فيجمع التعويضين فى مبلغ واحد[1] .

٦٣٩ — الحكم يقوم الحق فى التعويض ويقويه : وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض ، إلا أن له منذ صدوره أثراً محسوساً فى هذا الحق . فقد كان الحق قبل صدور الحكم حقاً غير مقوم ، فأصبح بالحكم مقوماً ، ويغلب أن يقدر بمبلغ معين من النقود .

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٨٤ — وفى ٧ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩١ — وفى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٢ — قارن استئناف مختلط فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٧٣ .

هذا ويبقى بعد ذلك التعويض عن التأخير منذ صدور الحكم ، ويحق للمضرور أن يطالب به بدعوى جديدة ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت رفع الدعوى الجديدة وفقاً للقواعد العامة . وقد يطلب المضرور فى الدعوى الأصلية الحكم بفوائد مع مبلغ التعويض الأصلى ، فيقضى له بالسعر القانونى للفوائد من وقت صدور الحكم فى الدعوى الأصلية ، ومن ثم لا يحتاج إلى رفع دعوى جديدة بفوائد التأخير .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يسوغ المطالبة بفوائد تأخيرية عن مبلغ التعويض المحكوم به عن العمل غير المشروع الا من تاريخ صدور الحكم النهائى بالتعويض باعتبار أنه التاريخ الذى يصبح فيه محل الالتزام معلوم المقدار طبقاً لنص المادة ٢٢٦ من التقنين المدنى : نقض مدنى فى ١٥ فبراير ١٩٦٢ مجموعة الأحكام القانونية السنة ١٣ ص ٢٥٣ رقم ٣٩] .

ولا يقتصر الحكم على تقويم الحق، بل هو أيضاً يقويه من الوجوه الآتية : (١) يصبح الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٨٥ من التقنين المدنى الجديد على أنه « إذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضى . . . كانت مدة التقادم الجديد خمس عشرة سنة » . (٢) يجوز للمضرور ، وقد أصبح بيده حكم واجب التنفيذ ، أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات . (٣) يكون الحق فى التعويض بعد صدور الحكم النهائى قابلا للتنفيذ به على أموال المدين .

المبحث الثانى

جزاء المسئولية (*)

(التعويض)

٦٤٠ — **صورتان للتعويض** : جزاء المسئولية هو التعويض ، وهذا الجزاء إما أن يقوم فى صورته العادية المألوفة ، وإما أن تعتوره ملابسات وأوصاف فتخرجه إلى صورة معدلة .

ونستعرض كلا من هاتين الصورتين .

(*) بعض المراجع : ليسين ريبير (Lucien Ripert) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ — ديبوا (Dubois) رسالة من ليون سنة ١٩٣٥ — كوليار (Colliard) رسالة من إكس سنة ١٩٣٨ — جيفون (Givord) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٣١ — فقرة ٣٣٢ — الأستاذ مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٣٣٣ — فقرة ٣٤٦ وفقرة ٣٥٧ — فقرة ٣٦١ — الدكتور أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٣٤٥ — ٣٥٠ وفقره ٤٧٠ — فقرة ٤٧٤ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٥٥ — فقرة ٧٠ . [وانظر دى باج جـ ٢ بند ١٠١٨ والمراجع المشار إليها] .

المطلب الأول

التعويض فى صورته العادية المألوفة

٦٤١ — *طريقة التعويض وكيفية تقديره* : نبحث أمرين : (١) كيف يعين القاضى طريقة التعويض (mode de réparation) (٢) وكيف يقدر القاضى مدى التعويض (évaluation des dommages-intérêts) .

§ ١ — طريقة التعويض (١)

٦٤٢ — *النصوص القانونية* : تنص المادة ١٧١ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً » .

« ٢ — ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » (٢) .

---

(١) [أنظر بيدان جزء ٩ مكرر ص ٢٧١ بند ١٦٥٢ ومابعده — دى باج جـ ٢ بند ١٠٢٦ ومابعده — مارتى ورينو جـ ٢ ص ٥٥١ بند ٥٠٨ — وما بعده] .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض إيراداً مرتباً . ويجوز فى هذه الحالة إلزام المدين بأن يقدم تأميناً . ٢ — ويقدر التعويض بالنقد ، على أنه يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المصاب ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليـه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين وذلك على سبيل التعويض » . وفى لجنة المراجعـة عدلت الفقرة الأولى فى الجزء الأخير منهـا على الوجه الآتى : « ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً . ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً » ، واستبدلت كلمة « المضرور » بكلمة « المصاب » فى الفقرة الثانية . وأصبح رقم المادة ١٧٥ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أضيفت إلى الفقرة الثانية عبارة « متصل بالعمل غير المشروع » للحد من =

ويتبين من هـذا النص أن الأصل فى التعويض أن يكون تعويضاً نقدياً . ذلك أن التعويض (réparation) بمعناه الواسع إما أن يكون تعويضاً عينياً وهذا هو التنفيذ العينى (exécution en nature) وإما أن يكون تعويضاً بمقابل (réparation par équivalent) والتعويض بمقابل إما أن يكون تعويضاً غير نقدى (réparation non-pécuniaire) أو تعويضاً نقدياً (réparation pécuniaire) .

٦٤٣ — **التنفيذ العينى** : التعويض العينى أو التنفيذ العينى هو الوفاء بالالتزام عيناً . ويقع هذا كثيراً فى الالتزامات العقدية[١] . أما فى المسئولية التقصيرية فيمكن كذلك فى

= إطلاق العبارة الأخيرة ما دام التطبيق العملى لهذا النص هو نشر الحكم أو الاعتذار من واقعة سب مثلا ، فيكون نطاق الحكم واضحاً غير مجهل . وأصبح رقم المادة ١٧١ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٥ — ص ٣٩٨) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ١ — ليست المسئولية التقصيرية بوجه عام سوى جزاء للخروج على التزام يفرضه القانون : هو التزام عدم الإضرار بالغير دون سبب مشروع . وإذا كان التنفيذ العينى هو الأصل فى المسئولية التعاقدية ، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ — وهو يقتضى إعادة الحال إلى ما كانت عليه كهدم حائط بنى بغير حق أو بالتعسف فى استعمال حق — إلى منزلة الاستثناء فى نطاق المسئولية التقصيرية . ٢ — فالتنفيذ بمقابل أى من طريق التعويض المالى هو القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية . والأصل فى التعويض أن يكون مبلغاً من المال . ومع ذلك يجوز أن تختلف صوره ، فيكون مثلا إيراداً مرتباً يمنح لعامل تقعده حادثة من حوادث العمل عن القيام بأوده ، ويجوز للقاضى فى هذه الحالة أن يلزم المدين بأن يقدم تأميناً أو أن يودع مبلغاً كافياً لضمان الوفاء بالإيراد المحكوم به . وينبغى التمييز بين التعويض من طريق ترتيب الإيراد وبين تقدير تعويض موقوت مع احتمال زيادته فيما بعد بتقدير تعويض إضافى (أنظر المادة ٢٣٧ من المشروع) . هذا ويسوغ للقاضى فضلا عما تقدم أن يحكم فى أحوال استثنائية بأداء أمر معين على سبيل التعويض ، فيأمر مثلا بنشر الحكم بطريق اللصق على نفقة المحكوم عليه (أو يكتفى بأن ينوه فى الحكم بأن ما وقع من المحكوم عليه يعتبر افتراء أو سباً : المادة ١٤٠٩ من التقنين الهولندى) لتعويض المقذوف فى حقه عن الضرر الأدبى الذى أصابه . وغنى عن البيان أن مثل هذا التعويض لا هو بالعينى ولا هو بالمالى ، ولكنه قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف فى بعض الصور » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٦ — ص ٣٩٧) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: السورى م ١٧٢ (مطابق) — الليبى م ١٧٤ (مطابق) — العراق م ٢٠٩ (مطابق) — اللبنانى م ١٣٦ (موافق) .

(١) فمن التزم بعقد أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل يتيسر فى كثير من الأحوال إجباره على تنفيذ التزامه . فالبائع ، وقد التزم بنقل ملكية المبيع ، يجبر على تنفيذ التزامه ، وتنتقل الملكية إلى المشترى بتسجيل عقد البيع ، فإن امتنع البائع عن التصديق على إمضائه أمكن استصدار حكم =

قليل من الفروض أن يجبر المدين على التنفيذ العيني. ذلك أن المدين فى المسئولية التقصيرية قد أخل بالتزامه القانونى من عدم الإضرار بالغير دون حق . وقد يتخذ الإخلال بهذا الالتزام صورة القيام بعمل تمكن إزالته ومحو أثره . كما إذا بنى شخص حائطاً فى ملكه ليسد على جاره الضوء والهواء تعسفاً منه ، ففى هذه الحالة يكون الباني مسئولا مسئولية تقصيرية نحو الجار بتعويض ما أحدثه من الضرر ، ويجوز هنا أن يكون التعويض عينياً بهدم الحائط على حساب البانى ، أو عن طريق التهديد المالى . وهذا ما قصد إليه التقنين المدنى الجديد عند ما ينص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه « يجوز للقاضى ، تبعاً للظروف ، وبناء على طلب المضرور ، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه » .

والقاضى ليس ملزماً أن يحكم بالتنفيذ العينى . ولكن يتعين عليه أن يقضى به إذا كان ممكناً ، وطالب به الدائن .

٦٤٤ — التعويض غير النقدى : وفى الكثرة الغالبة من الأحوال يتعذر التنفيذ العينى فى المسئولية التقصيرية . فلا يبقى أمام القاضى إلا أن يحكم بالتعويض . وليس من الضرورى أن يكون التعويض نقداً ، وإن كان هو الغالب . فيجوز للقاضى أن يحكم بأن يدفع للدائن بسند أو بسهم تنتقل إليه ملكيته ويستولى على ريعه تعويضاً له عن الضرر الذى أصابه . كما يجوز للقاضى ، فى حالة ما إذا هدم صاحب السفل سفله دون حق وامتنع من أن يعيد بناءه ، أن يأمر ببيع السفل لمن يتعهد ببنائه (أنظر م ٦٨٠ فقرة أولى). وفى دعاوى السب والقذف يجوز للقاضى أن يأمر على سبيل التعويض بنشر الحكم القاضى بإدانة المدعى عليه فى الصحف ، وهذا النشر يعتبر تعويضاً غير نقدى عن الضرر الأدبى الذى

= ضده بإثبات البيع ، وبتسجيل هذا الحكم تنتقل الملكية إلى المشترى . والمقاول الذى التزم ببناء منزل ، إذا امتنع عن تنفيذ التزامه ، أمكن أن يجبر على ذلك بأن يبنى الدائن المنزل على حسابه . ومن التزم بعقد ألا يفتح نافذة على جاره ، ففتحها ، أمكن إجباره على سدها ولو بمصروفات على حسابه . أما إذا كان العمل الذى التزم به المدين يقتضى تدخله الشخصى ، فيمكن الوصول إلى التنفيذ العينى عن طريق التهديد المالى المنصوص عليه فى المادتين ٢١٣ و ٢١٤ من التقنين المدنى الجديد .

أصاب المدعى عليه . وهذا ما عناه التقنين المدنى الجديد عندما نص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧١ على أنه يجوز للقاضى « أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » . بل إن الحكم بالمصروفات على المدعى عليه فى مثل هذه الأحوال ، والاقتصار على ذلك ، قد اعتبر تعويضاً كافياً عن الضرر الأدبى الذى أصاب المدعى ، وهو تعويض غير نقدى لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذى يتضمنه .

٦٤٥ — التعويض النقدى : وهذا هو التعويض الذى يغلب الحكم به فى دعاوى المسئولية التقصيرية . فإن كل ضرر — حتى الضرر الأدبى — يمكن تقويمه بالنقد . ففى جميع الأحوال التى يتعذر فيها التنفيذ العينى ، ولا يرى القاضى فيها سبيلا إلى تعويض غير نقدى ، يحكم بتعويض نقدى . والتعويض النقدى هو الأصل . ومن ثم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٧١ من التقنين المدنى الجديد على أنه « يقدر التعويض بالنقد » .

والأصل أيضاً أن يكون التعويض النقدى مبلغاً معيناً يعطى دفعة واحدة . ولكن ليس ثمة ما يمنع القاضى من الحكم ، تبعاً للظروف ، بتعويض نقدى مقسط أو بإيراد مرتب مدى الحياة . والفرق بين الصورتين أن التعويض المسقط يدفع على أقساط تحدد مددها ، ويعين عددها ، ويتم استيفاء التعويض يدفع آخر قسط منها . أما الإيراد المرتب مدى الحياة ، فيدفع هو أيضاً على أقساط تحدد مددها ، ولكن لا يعرف عددها لأن الإيراد يدفع مادام صاحبه على قيد الحياة ولا ينقطع إلا بموته . ويحكم القاضى بتعويض مقسط إذا رأى أن هذه هى الطريقة المناسبة للتعويض . ويتحقق ذلك مثلا إذا كان المدعى قد أصيب بما يعجزه عن العمل مدة معنية من الزمن ، فيقضى له بتعويض مسقط حتى يبرأ من إصابته . ويحكم القاضى بإيراد مرتب مدى الحياة إذا كان العجز عن العمل — كلياً أو جزئياً — عجزاً دائماً ، فيقضى للمضرور بإيراد يتقاضاه مادام حياً ، تعويضاً له عما أصابه من الضرر بسبب هذا العجز الكلى أو الجزئى[1] . ولما كان المسئول

---

(١) استئناف مختلط فى ١٤ يونيه سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٣٣٤ — وفى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٨ =

هو المدين بهذا التعويض المقسط أو بهذا الإيراد المرتب ، وكان الدين المترتب فى ذمته يبقى مدداً قد تطول ، فقد يرى القاضى أن يلزمه بتقديم تأمين . وهذا هو ماتقضى به الفقرة الأولى من المادة ١٧١ من التقنين المدنى الجديد ، إذ تنص على أنه « يعين القاضى طريقة التعويض تبعاً للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً ، ويجوز فى هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً » . وليس هناك مايمنع القاضى من أن يحكم على المسئول بدفع مبلغ من المال إلى شركة تأمين مثلا لتحويله إلى إيراد مرتب يعطى للمضرور ، ويكون هذا بمثابة التأمين الدائن .

فإذا تعذر التنفيذ العينى والتعويض غير النقدى ، وتعين الحكم بتعويض نقدى ، ولم تستدع الظروف أن يكون هذا التعويض مقسطاً أو إيراداً مرتباً ، رجع القاضى إلى الأصل وهو الحكم بمبلغ معين من المال يعطيه المسئول للمضرور دفعة واحدة .

§ ٢ — تقدير التعويض

٦٤٦ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٧٠ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ ، مراعياً فى ذلك الظروف الملابسة . فان لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير »[1] .

= م ٢١ ص ٩٣ — وفى ٥ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٨ . وقد يعتبر التعويض المقسط إلى أن يبرأ المضرور من إصابته إيراداً مرتباً ، ولكن لا إلى مدى الحياة ، بل إلى حين البرء من الإصابة .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٣٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يقرر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠ ، مراعياً فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يحدد مدى التعويض تحديداً كافياً ، فله أن يحتفظ =

= للمصاب بالحق فى أن يطالب خلال مدة معقولة بإعادة النظر فى الحكم » . وفى لجنة المراجعة أدخلت تعديلات على النص تجعله أكثر تحقيقاً للمعنى المقصود ، فأصبح النص فى المشروع النهائى (المادة ١٧٤) على الوجه الآتى : « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين ٢٩٩ و ٣٠٠ ، مراعياً فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ . فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعييناً نهائياً فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « مراعياً فى ذلك الظروف وجسامة الخطأ » لأن جسامة الخطـأ تدخل فى عموم لفظ الظروف . ولما اعترض على النص بأن فى تطبيقه خروجاً على قاعدة حجية الاحكام إذ أنه يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطلب خلال مدة معينة إعادة النظر فى التقدير ، أجيب على هذا الاعتراض بأنه إذا كان الحكم نهائياً انتهى الأمر ، وإنما إذا رأى القاضى أن الموقف غير جلى ، واحتفظ فى حكمه للمضرور بالرجوع بتعويض تكميلى خلال مدة يعينها ، فلا يتنافى ذلك مع قاعدة حجية الأحكام . وأصبح رقم المادة ١٧٠ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٠ — ص ٣٩٥) .

ويقابل هذا النص فى التقنين الجديد نص المادتين ١٢١/١٧٩ على الوجه الآتى : « التضمينات عبارة عن مقدار ما أصاب الدائن من الخسارة وما ضاع عليه من الـكسب ، بشرط أن يكون ذلك ناشئاً مباشرة عن عدم الوفاء » .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد نص التقنين الجديد ما يأتى : « يحدد النص مدى الضرر الذى ينجم عن الفعل الضار . ويقدر التعويض ، وفقاً للقاعدة العامة فى المادة ٢٩٩ من المشروع (لا تقرأ المادة ٣٠٠) . ويكفى أن يشار فى هذا المقام إلى أن التعويض يتناول ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، متى كان ذلك نتيجة مألوفة للفعل الضار . وينبغى أن يعتد فى هذا الشأن بجسامة الخطأ وكل ظرف آخر من ظروف التشديد أو التخفيف والواقع أن جسامة الخطأ لا يمكن الإغضاء عنها فى منطق المذهب الشخصى أو الذاتى . ولذلك تجرى التقنينات الحديثة على إقرار هذا المبدأ وتطبيقه فى أحوال شتى . فمن ذلك مثلا تفريق التقنين التونسى والمراكشى بين خطأ المدين وتدليسه فيما يتعلق بتقدير التعويض . وقد استظهرت المادتان ٩٨/١٠٧ من هذين التقنينين حكم هذه التفرقة ، فنصتا على أنه يتعين على المحكمة أن تغاير فى تقرير التعويض تبعاً لما إذا كان أساس المسئولية خطأ المدين أو تدليسه . ويفرق التقنين البولونى كذلك بين التدليس والخطأ الجسيم من ناحية وبين الخطأ اليسير من ناحية أخرى ، فيقرر فى المادة ١٦٠ أنه « يعتد فى تقدير الضرر المادى بقيمة الشىء وفقاً للسعر الجارى ، فضلا عما له من قيمة خاصة لدى المضرور عند توافر سوء النية أو الإهمال الفاحش » . ويقضى تقنين الالتزامات السويسرى بإنقاص التعويض عدالة إذا كان الخطأ يسيراً وكانت موارد المدين محدودة ، فينص فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤ على أنه « إذا لم يكن الضرر ناشئاً من جراء فعل عمد أو إهمال جسيم أو رعونة بالغة ، فللقاضى أن ينقص التعويض عدالة متى كان استيفاؤه يعرض المدين لضيق الحال » . وقد لا يتيسر للقاضى أحياناً أن يحدد وقت الحكم مدى التعويض تحديداً كافياً ، كما هو الشأن مثلا فى جرح لا تستبين عقباه إلا بعد انقضاء فترة من الزمن ، فللقاضى فى هذه الحالة أن يقدر تعويضاً موقوتاً بالتثبت من قدر الضرر المعلوم وقت الحكم ، على أن يعيد النظر فى قضائه خلال فترة معقولة يتولى تحديدها . فإذا انقضى الأجل المحدد ، أعاد النظر فيما =

والمادتين ٢٢١ و ٢٢٢ المشار إليهما فى النص قد سبق إيرادهما . ونعيد ذكرهما هنا زيادة فى الإيضاح .

تنص المادة ٢٢١ على ما يأتى : « ١ — إذا لم يكن التعويض مقدراً فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره . ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فى الوفاء به . ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول . ٢ — ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » .

وتنص المادة ٢٢٢ على ما يأتى : « ١ — يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب الدائن به أمام القضاء . ٢ — ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » .

٦٤٧ — **مقياس التعويض الضرر المباشر** : ويتبين من هذه النصوص أن التعويض مقياسه الضرر المباشر . فالتعويض فى أية صورة كانت — تعويضاً عينياً أو بمقابل ، وتعويضاً نقدياً أو غير نقدى ، وتعويضاً مقسطاً أو إيراداً مرتباً أو رأس مال — يقدر بمقدار الضرر المباشر الذى أحدثه الخطأ ، سواء كان هذا الضرر مادياً أو أدبياً ، وسواء كان متوقعاً أو غير متوقع ، وسواء كان حالا أو مستقبلا مادام محققاً . وقد تقدم

= حكم به ، وقضى للمضرور بتعويض إضافى إذا اقتضى الحالة ذلك . وعلى هذا سار القضاء المصرى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٩٢ — ص ٣٩٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧١ (مطابق) — الليبى م ١٧٣ (مطابق) — العراقى م ٢٠٧ — ٢٠٨ (موافق) — اللبنانى م ١/١٣٤ و ٥ (موافق) .

ذكر هذا كله عند الكلام فى ركن الضرر [1] .

والضرر المباشر يشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التى لحقت المضرور *(domnum emergens)* والكسب الذى فاته *(Lucrum cessans)*. فهذان العنصران هما اللذان يقومهما القاضى بالمال . فلو أن شخصاً أتلف سيارة مملوكة لآخر ، وكان صاحب السيارة أشتراها بألف وحصل على وعد من الغير أن يشتريها منه بمائتين وألف ، فالألف هى الخسارة التى لحقت صاحب السيارة ، والمائتان هو الكسب الذى فاته ، وكلاهما ضرر مباشر يجب أن يكون الضرر متوقعاً أو غير متوقع . ففى المسئولية التقصيرية يشمل التعويض كل ضرر مباشر ، متوقعاً كان هذا الضرر أو غير متوقع ، أما فى المسئولية العقدية فيقتصر التعويض على الضرر المتوقع فى غير حالتى الغش والخطأ الجسيم . وقد تقدم بيان ذلك .

٦٤٨ – الظروف الملابسة التى من شأنها أن تؤثر فى تقدير التعويض : وتقول المادة ١٧٠ أن القاضى يراعى فى تقدير التعويض « الظروف الملابسة » . ويقصد بالظروف الملابسة هنا الظروف التى تلابس المضرور لا الظروف التى تلابس المسئول . فالظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور وما قد أفاده بسبب التعويض ، كل هذا يدخل فى حساب القاضى عند تقديره للتعويض . أما الظروف الشخصية التى تحيط بالمسئول وجسامة الخطأ الذى صدر منه ، فلا يدخل فى الحساب ، على خلاف فى الرأى بالنسبة إلى جسامة الخطأ .

فالظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور تدخل فى الاعتبار ، لأن التعويض يقاس بمقدار الضرر الذى أصاب المضرور بالذات ، فيقدر على أساس ذاتى *(in concreto)* لا على أساس موضوعى *(in abstracto)* . ويكون محلا للاعتبار حالة المضرور الجسمية

---

(١) [أنظر فى ذلك : دى باج جـ ٢ بند ٩٥٢ مكرر وبند ٩٦٢ ص ٩٠٩ والمراجع المشار إليها فى هامش (٣) من تلك الصحيفة — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٧٦ ثم بند ٣٨٤ و٤٨٥ عن الضرر المتد إلى الغير ، والضرر الجماعى] .

والصحية . فمن كان « عصبياً » ، فإن الانزعاج الذى يتولاه من حادث يكون ضرره أشد بكثير مما يصيب شخصاً سليم الأعصاب . ومن كان مريضاً « بالسكر » ويصاب بجرح ، كانت خطورة هذا الجرح أشد بكثير من خطورة الجرح الذى يصيب السليم[١] . كذلك يكون محلا للاعتبار حالة المضرور العائلية ، فمن يعول زوجة وأطفالا يكون ضرره أشد من ضرر الأعزب الذى لا يعول إلا نفسه . ويدخل أيضاً فى الاعتبار حالة المضرور المالية : وليس ذلك معناه أن المضرور إذا كان غنياً كان أقل حاجة إلى التعويض من الفقير ، فالضرر واحد ، أصاب غنياً أو فقيراً ، وإنما الذى يدخل فى الاعتبار هو اختلاف الكسب الذى يفوت المضرور من جراء الإصابة التى لحقته ، فمن كان كسبه أكبر كان الضرر الذى يحيق به أشد[٢] .

وقد يفيد المضرور من التعويض الذى تقاضاه من المسئول . مثل ذلك أن يتلف شخص متاعاً قديماً مملوكاً لآخر فيعوضه عنه متاعاً جديداً . فعلى المضرور أن يدفع إلى المسئول بالمتاع القديم التالف (laissé pour compte) حتى لا يجمع بين المتاعين القديم والجديد[٣] . ويبقى بعد ذلك أنه أفاد بالفرق بين قيمة الجديد وقيمة القديم . ومن رأينا أن المضرور يرد هذا الفرق للمسئول طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب ،

---

(١) والشخص الذى فقد إحدى عينيه ، ثم فقد العين الأخرى فى حادث ، يكون الضرر الذى يصيبه بفقد العين الأخرى وصيرورته مكفوف البصر أشد بكثير من الضرر الذى يصيب من كان سليم العينين فيفقد عيناً واحدة . ومن كان عنده استعداد لمرض السل أو لغيره من الأمراض ، وأصيب فى حادث ، قد تكون هذه الإصابة سبباً لإصابته بالمرض الذى هو مستعد له ، فلا يقال إن هذا الضرر لا يسأل عنه المدعى عليه لأن شخصاً سليما فى مكان المضرور كان لا يصاب بهذا المرض إذ العبرة بشخص المضرور لا بشخص مجرد (أنظر فى هذا المعنى استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٧) .

ويقرب من ذلك أن يكون الضرر أصاب الشىء لا الشخص ، فتكون البلدية مسئولة عما أحدثته أعمال الحفر فى مبنى قائم حتى لو كان هذا المبنى قديماً وغير متين ، ولو كان جديداً أو متيناً لما تصدع (استئناف مختلط فى ١٧ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩) .

(٢) ويدخل فى الاعتبار حالة المضرور المهنية . فالحريق الذى يصيب بناء اتخذه تاجر يمارس مهنته فيه يحدث ضرراً أشد مما يصيب شخصاً اتخذ هذا البناء مسكناً له . ويختلف الضرر باختلاف المهنة ، فمرسم المهندس غير عيادة الطبيب وغير مكتب المحامى .

(٣) استئناف مختلط فى ٣٠ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٨٠ .

على الأقل إذا كان فى استطاعة المسئول أن يعوض المتاع القديم بمتاع قديم مثله فلم يفعل وأعطى المضرور المتاع الجديد(١) . أما الظروف الشخصية التى تحيط بالمسئول فلا تدخل فى الحساب عند تقدير التعويض . فاذا كان المسئول غنياً لم يكن هذا سبباً فى أن يدفع تعويضاً أكثر ، أو كان فقيراً لم يكن هذا سبباً فى أن يدفع تعويضاً أقل(٢) . وسواء كان المسئول لا يعول إلا نفسه أو يعول أسرة كبيرة ، فهو يدفع التعويض بقدر ما حدث من الضرر ، دون مراعاة لظروفه الشخصية ، إذ العبرة فى تحديد مدى الضرر بالظروف الشخصية التى تحيط بالمضرور لا بالمسئول(٣) . كذلك لا يزيد فى مقدار التعويض أن يكون المسئول قد أمن على مسئوليته بدعوى أن شركة التأمين هى التى ستدفع التعويض ولا يدخل فى الحساب ما قد يفيد المسئول من كسب بسبب الضرر الذى أحدثه ، فاللص الذى يستعين بالمسروق فى مواجهة أزمة مالية حات به فينتفع انتفاعاً كبيراً لا يكون مسئولا إلا بمقدار ما سرق لا بمقدار ما أفاد(٤) .

---

(١) قارن : استئناف مختلط فى ٢٣ يونية سنه ١٩٢٧ م ٣٩ ص٥٦٦ — مازو ٣ فقرة ٢٤٠٣ — فقرة ٢٤٠٤ .

[وقارن أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٤٨٨ ص ٤٥٩ وعبد المنعم فرج الصده نهاية فقرة ٤٨٣ ص ٥٢٥ حيث يقرران بأن المضرور لا يلزم بالفرق بين الشيء القديم والشيء الجديد] .

(٢) ويستثنى من ذلك الضرر إذا وقع من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، فيجوز إلزام غير المميز بتعويض عادل (م ١٦٤ فقرة ٢) ، وقد رأينا أن الحالة المالية لكل من المسئول والمضرور ومقدار يسار كل منهما يكون محل اعتبار فى تقدير التعويض .

(٣) ومع ذلك أنظر : استئناف مختلط فى ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٩٧ — وفى ١٦ ديسمبر ١٩٠٨ م ٢٥ ص ٦٨ .

[وانظر أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٤٨٨ ص٤٥٩ وقارن سليمان مرقس نهاية فقرة ٤٤٧ ص٥٩١ حيث يرى عند تقدير التعويض أن يقام وزن للظروف الملابسة لكل من المضرور والمسئول] .

(٤) ولا يقال إنه يكون مسئولا عما أفاد بدعوى الإثراء بلا سبب ، فحكم هذه الدعوى أن يدفع أقل القيمتين ، وقد دفع اللص أقل القيمتين بدفعه قيمة المسروق .

وعلى العكس من ذلك يدخل فى الحساب ما أفاد به المضرور من جراء الضرر الذى وقع عليه . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا خطأ فى أن تراعى المحكمة فى تقدير التعويض المستحق للموظف المفصول بغير =

والأصل أنه لا ينظر إلى جسامة الخطأ الذى صدر من المسئول عند تقدير التعويض . وإذا تحققت المسئولية ، قدر التعويض بقدر جسامة الضرر لا بقدر جسامة الخطأ . ومهما كان الخطأ يسيراً فإن التعويض يجب أن يكون عن الضرر المباشر الذى أحدثه هذا الخطأ اليسير . ومهما كان الخطأ جسيما فإن التعويض يجب ألا يزيد عن هذا الضرر المباشر . وهذا هو مقتضى فصل التعويض المدنى عن العقوبة الجنائية ، فالتعويض المدنى شىء موضوعى لا يراعى فيه إلا الضرر ، والعقوبة الجنائية شىء ذاتى تراعى فيه جسامة الخطأ هذا هو الأصل ، ولكن القضاء يدخل عادة فى اعتباره جسامة الخطأ فى تقدير التعويض وهذا شعور طبيعى يستولى على القاضى ، فما دام مقدار التعويض موكولا إلى تقريره فهو يميل إلى الزيادة فيه إذا كان الخطأ جسيما وإلى التخفيف منه إذا كان الخطأ يسيراً . وعلى هذا يسير القضاء فى مصر وفى فرنسا ، وقد سبق لنا بيان ذلك[1] .

= حق ما قد يفيده من التحرر من أعباء الوظيفة (نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٨ ص ٧٠٩) وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثابت فى الحكم المطعون فيه أن الضرر الذى يشكو منه طالب التعويض ويدعى لحوقه به من جراء تنفيذ مشروع للرى كان مؤقتاً ثم زال سببه ، وأن المدعى سيفيد من المشروع المذكور فى المستقبل فائدة عظمى تعوض عليه الضرر حتما فى زمن وجيز ، ثم تبقى له على مر الزمن ، وبناء على ما استخلصته المحكمة من ذلك قضت بأنه ليس هنالك محل للتعويض ، فإنها لا تكون قد أخطأت (نقض مدنى ٤ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٠ ص ٣٥٦) .

(١) وقد كان القضاء يصرح بذلك فى أول الأمر (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٨ — وفى ٩ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٣٨) ، ثم سكت عن التصريح ، بل هو الآن يصرح فى بعض الأحيان بأن جسامة الخطأ لا دخل لها فى تقدير التعويض . ولكن الواقع غير ذلك ، فالقاضى لا يستطيع أن يتحاشى إدخال جسامة الخطأ عاملا فى تقدير التعويض . ويظهر ذلك بنوع خاص فى تقدير التعويض عن الضرر الأدبى حيث ينفسح مجال التقدير . ويظهر ذلك أيضاً عند تقسيم التعويض على المسئولين المتعددين ، كما لو اشترك عدة أشخاص فى ارتكاب الخطأ ، وكما لو كان المضرور أو الغير قد ارتكب خطأ يخفف من مسئولية المدعى عليه ، ففى هذه الأحوال يقسم القضاء التعويض عليهم جميعاً ويراعى فى التقسيم جسامة الخطأ الذى صدر من كل منهم وقد تقدم بيان ذلك .

وقد يقال إن التقنين المدنى الجديد لم يجعل جسامة الخطأ عاملا فى تقدير التعويض ، فقد كان المشروع التمهيدى (م ٢٣٧) ينص صراحة على تقدير التعويض بحسب جسامة الخطأ ، ولكن هذا النص قد حذف فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ . مما يخرج جسامة الخطأ عن أن تكون عاملا فى تقدير التعويض . على أن ما نقلناه من مناقشات لجنة القانون المدنى بشأن المادة ١٧٠ (أنظر آنفاً فقرة ٦٤٦ فى الهامش) صريح فى أن اللجنة عندما حذفت عبارة « جسامة الخطأ » واستبدلت بها عبارة « الظروف الملابسة » =

٦٤٩ — الضرر المتغير والوقت الذى يقدر فيه[1] : نفرض أن الضرر متغير منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم . مثل ذلك شخص صدمته سيارة بخطأ سائقها ، فأصيب بكسر فى يده ، وعندما طالب بالتعويض كان الكسر قد تطور فأصبح أشد خطورة مما كان ، وعند صدور الحكم كانت خطورته قد اشتدت وانقلب إلى عاهة مستديمة . لاشك فى أن القاضى يدخل فى حسابه عند تقدير التعويض تطور الإصابة من يوم وقوعها إلى يوم صدور الحكم ، فيقدر الضرر باعتبار أن الكسر قد انقلب إلى عاهة مستديمة[2] .

كذلك لو خف الضرر من يوم وقوعه إلى يوم صدور الحكم ، وأصبح الكسر أقل خطورة مما كان فى أول أمره ، حسب القاضى التعويض مراعياً ما كان عليه الكسر من خطر ثم ما طرأ عليه من تحسن[3] .

= إنما راعت أن جسامة الخطأ تدخل عموم هذه الظروف ، فلم ترد أن تستبعد جسامة الخطأ من أن تكون عاملا فى تقدير التعويض (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢٩٣ — ص ٣٩٤) .

(١) يجب التمييز بين الضرر المتغير والضرر الذى لا يتيسر تعيين مداه تعييناً نهائياً وقت النطق بالحكم . فى الحالة الثانية يجوز للقاضى أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير ، وفقا لنص المادة ١٧٠ ، وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى ركن الضرر . أما فى الحالة الأولى فإن الضرر يكون متغيراً منذ أن وقع إلى يوم النطق بالحكم . ولا شىء يمنع من أن تجتمع الحالتان : يكون الضرر متغيراً منذ وقوعه ، ويبقى يوم النطق بالحكم لا يتيسر تعيين مداه تعييناً نهائياً . وعندئذ تطبق أحكام كل من الحالتين ، ويختار القاضى الوقت الذى يقدر فيه الضرر وفقاً لما سنبينه ، ثم يحتفظ فى حكمه بحق المضرور فى أن يطالب فى خلال مدة معينة بإعادة النظر فى التقدير وفقاً لما سبق أن بيناه .

(٢) وقد يشتد الضرر لسبب لا يرجع إلى خطأ المسئول ، كما إذا فقد المضرور إحدى عينيه فى حادث ، ثم فقد الأخرى فى حادث آخر . فالمسئول عن الحادث الأول يرى الضرر الذى أحدثه قد اشتد بوقوع الحادث الثانى ، فقد كان هذا الضرر فى أول أمره هو فقد المضرور عيناً واحدة مع بقاء الأخرى سليمة ، ثم تطور الضرر فى الشدة فأصبح هو فقد هذه العين ذاتها مع زوال الأخرى . فهل يكون فى هذه الحالة مسئولا عن اشتداد الضرر ؟ الظاهر أنه غير مسئول ، لأن اشتداد الضرر لا يرجع إلى خطئه هو ، بل يرجع إلى خطأ المسئول عن الحادث الثانى وهذا المسئول هو الذى يعوض عن زيادة الضرر الناشىء عن فقد المضرور لعينه الثانية بعد أن فقد العين الأولى وقد سبق بيان ذلك .

(٣) وإذا خف الضرر قبل صدور الحكم فإن المسئول يستفيد من ذلك ، حتى لو كان التحسن لا يرجع إلى تطور الإصابة فى ذاته بل إلى سبب أجنبى ، كما إذا كان المضرور فى حادث أصيب فى حادث آخر فمات ، فإن المسئول عن الحادث الأول يستفيد من موت المضرور إذ هو غير مسئول عنه ، وقد وضع الموت حداً للضرر الذى ترتب على الحادث الأول ، فاستفاد هو من ذلك .

فالعبرة إذن فى تقدير التعويض بيوم صدور الحكم[1] ، اشتد الضرر أو خف . أما إذا كان الضرر لم يتغير منذ وقوعه إلى يوم صدور الحكم ، والذى تغير سعر النقد الذى يقدر به التعويض أو أسعار السوق بوجه عام ، فالعبرة بالسعر يوم صدور الحكم ارتفع هذا السعر منذ وقوع الضرر أو انخفض[2] . على أنه إذا كان المضرور قد أصلح الضرر بمال من عنده ، فإنه يرجع بما دفعه فعلا ، مهما تغير السعر يوم صدور الحكم .

٦٥٠ — *النفقة المؤقتة* : وقد يرى القاضى أثناء نظر دعوى المسئولية أن المضرور فى حاجة قصوى إلى نفقة مؤقتة (provision) يدفعها له المسئول من حساب التعويض الذى سيقضى له به فى النهاية . فيجوز للقاضى عندئذ أن يحكم بهذه النفقة مع مراعاة الشروط الآتية :

١ — أن يكون مبدأ المسئولية قد تقرر ، ولم يبق إلا تقدير التعويض .

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن المضرور من أى عمل غير مشروع له أن يطالب بتعويض الضرر ، سواء فى ذلك ما كان قائماً وقت الغصب أو ما تفاقم من ضرر بعد ذلك إلى تاريخ الحكم . وقد جرى القضاء بأنه كلما كان الضرر متغيراً يتعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار إليه عند الحكم (نقض مدنى ١٤ نوفبر سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٨٦ ص ٧٨٣)] .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بانه كلما كان الضرر متغيراً تعين على القاضى النظر فيه لا كما كان عندما وقع ، بل كما صار إليه عند الحكم ، مراعياً التغير فى الضرر ذاته من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسئول أو نقص كائناً ما كان سببه ، ومراعياً كذلك التغير فى قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد أو انخفاضه وبزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها . ذلك أن الزيادة فى ذات الضرر التى يرجع أصلها إلى الخطأ والنقص أياً كان سببه غير منقطعى الصلة به . أما التغير فى قيمة الضرر فليس تغيراً فى الضرر ذاته . وإذ كان المسئول ملزماً بجبر الضرر ثم كان لا وجه للقول بأن تغير القيمة لا يمت إلى الخطأ بصلة ، كما لا وجه للقول بأن المضرور ملزم بالعمل على إصلاح الضرر فإذا هو تهاون فعليه تبعة تهاونه ، فإن التزام جبر الضرر واقع على المسئول وحده ، ولا على المضرور أن ينتظر حتى يوفى المسئول التزامه (نقض مدنى فى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨ : منزل ظهر بمبانيه خلل راجع إلى تسرب المياه من أنابيب تالفة لمصلحة التنظيم ، وتقاضى صاحب المنزل تعويضاً كاملا عن إصلاح الخلل بحسب تكاليفه وقت الحكم ، وكانت قد ارتفعت ، وتعويضاً كاملا عن خلو المنزل ، ولم ينظر إلى أن المالك كان عليه أن يبادر إلى إصلاح الخلل بنفسه دون أن ينتظر) — ويؤخذ على الحكم أنه لم يدخل فى الحساب تهاون المضرور فى إصلاح الخلل ، وهذا ضرر غير مباشر (أنظر تعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩) .

٢ — أن تكون عناصر تقدير التعويض لا تزال ، لإعدادها ، فى حاجة إلى مدة طويلة .

٣ — أن يكون المضرور فى حاجة ملحة إلى هذه النفقة .

٤ — أن يكون المبلغ الذى يقدره القاضى للنفقة أقل من مبلغ التعويض الذى ينتظر أن يقدر به الضرر(١) .

المطلب الثانى

التعويض فى صورته المعدلة الموصوفة

٦٥١ — *حالات ثلاث* : ما قدمناه فى التعويض هو حكمة فى صورته العادية المألوفة . ولكن هذا الحكم قد يعدل منه الوصف يلحقه . فيكون للتعويض صورة أخرى معدلة موصوفة . ويقع هذا فى حالات ثلاث : (الحالة الأولى) أن يتفق الطرفان قبل تحقق المسئولية على تعديل الأحكام التى قدمناها . (والحالة الثانية) أن يؤمن المسئول على مسئوليته المحتملة قبل تحققها . (والحالة الثالثة) أن ينفتح أمام المضرور طريقان للتعويض عن الضرر الذى أصابه .

وتتميز الحالتان الأولى والثانية عن الحالة الثالثة بأن الوصف لحق التعويض فى الحالتين الأوليين يتصل بالمسئول ، أما الوصف الذى لحق التعويض فى الحالة الثالثة فيتصل بالمضرور .

ونتكلم فى هذه الحالات الثلاث : (١) الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية (٢) التأمين على المسئولية (٣) اجتماع طريقين للتعويض .

---

(١) أنظر فى الموضوع مازو ٣ فقرة ٢٤٢٦ — فقرة ٢٤٢٨ .

§ ١ — الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية

٦٥٢ — **نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية:** إذا تحققت المسئولية التقصيرية فإن الاتفاق على تعديل أحكامها إعفاء أو تخفيفاً أو تشديداً جائز إطلاقاً. ويكون فى الغالب بمثابة صلح، والصلح جائز فيما هو ليس من النظام العام. فإذا صدر خطأ من شخص سبب ضرراً لآخر، فللمضرور أن يعفى المسئول من التعويض، ويكون بذلك قد نزل عن حقه. ويصح أيضاً أن يتفق المضرور مع المسئول أن يتقاضى منه تعويضاً أقل مما يستحق، فيعفيه من التعويض عن بعض الضرر، ويكون هذا إما نزولا من المضرور عن بعض حقه، أو هو صلح بينه وبين المسئول إذا كان هذا ينازع فى مبدأ المسئولية أو فى مقدار التعويض. ويصح أخيراً أن يعطى المسئول المضرور تعويضاً أكثر مما يستحق، ويكون متبرعاً بما زاد.

وليس فيما قدمناه محل للنزاع. وإنما النزاع فى الاتفاق بين الطرفين مقدماً وقبل تحقق المسئولية. وهذا هو نطاق الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية. قد يقال كيف يقع ذلك ولا يعرف أحد مقدماً من هو الشخص الذى سيضره بعمله غير المشروع، فإن هذا إذا تيسر فى المسئولية العقدية، إذ العقد يجمع منذ البداية بين المسئول المضرور، فهو ليس بميسور فى المسئولية التقصيرية، إذ أن الطرفين لا يعرف أحدهما الآخر إلا عند وقوع الضرر، فلا يتصور الاتفاق بينهم إلا بعد تحقق المسئولية؟ وإذا كان هذا صحيحاً فى الكثرة الغالبة من الأحوال، فإنه يتصور فى بعض أحوال المسئولية التقصيرية أن يعرف شخص من يحتمل أن يضر به من الناس بعمل غير مشروع! فقد تقوم أوضاع تجمع بين أشخاص يحتمل أن يكون فيهم فى المستقبل مسئول ومضرور. مثل ذلك الجيران، كل جار بالنسبة إلى جاره يحتمل أن يكون مسئولا ومضروراً، فيتصور اتفاق الجيران على تعديل أحكام المسئولية التقصيرية عند تحققها. مثل ذلك أيضاً صاحب المصنع والملاك المجاورون، ومصلحة السكك الحديدية وملاك الأراضى التى تمر السكك الحديدية

بجوارها ، وملاك الحيوانات التي تجتمع فى مكان واحد لاحتمال أن تؤذى الحيوانات بعضها بعضاً ، وأصحاب السيارات إذا دخلت فى سباق لاحتمال أن تتحقق المسئولية التقصيرية فيما بينها ، ومدير الشركة والشركاء فيما عسى أن يرتكب المدير من خطأ تقصيرى ، والنقل المجانى فيما بين الناقل والمنقول . يتصور إذن أن هؤلاء يتفقون فيما بينهم على التعديل من أحكام المسئولية التقصيرية .

ويجب التمييز بين الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية والاتفاق على ضمان المسئولية . فالاتفاق على ضمان المسئولية مثله أن يؤمن المسئول على مسئوليته فى شركة تأمين . ويشبه ذلك أن يتفق صاحب البناء مع مقاول تعهد بهدم البناء أن يكون ضامناً لما عسى أن يتحقق من مسئولية صاحب البناء بسبب الهدم ، وأن تتفق الحكومة مع ناد رياضى أن يضمن لها ماعسى أن يتحقق من مسئوليتها بسبب الألعاب الرياضية التى يقوم بها النادى . والفرق بين الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية والاتفاق على ضمان المسئولية أن الاتفاق الأول يقوم مباشرة بين المسئول والمضرور ، وقد يرفع المسئولية أصلا عن المسئول قبل المضرور. أما الاتفاق الثانى فيقوم بين المسئول الأصلى ومسئول آخر بضمنه، لا ليرفع المسئولية عن المسئول الأصلى ، بل ليؤكدها بضم مسئول إليه يتحمل فى النهاية المسئولية إذا تحققت دون أن ينتقص ذلك من حق المضرور فى الرجوع على المسئول الأصلى.

والاتفاق على التعديل من أحكام المسئولية إما أن يكون اتفاقاً للاعفاء من المسئولية أو للتخفيف منها ، وإما أن يكون اتفاقاً للتشديد من المسئولية . ونستعرض كلا من الحالتين.

٦٥٣ — الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو على التخفيف منها : هذا الاتفاق قد يرمى إلى الإعفاء من المسئولية بتاتاً . وقد يرمى إلى التخفيف منها ، إما بإنقاص مدى التعويض فلا يعوض إلا عن بعض الضرر دون بعض ، وإما بتحديد مبلغ معين كشرط جزائى يكون هو مبلغ التعويض مهما بلغ الضرر ، وإما بتقصير المدة التى ترفع فيه دعوى المسئولية .

وقد كفل التقنين المدنى الجديد بيان حكم هذه الاتفاقات ، فنصت الفقرة الثالثة من المادة ٢١٧ على ما يأتى : « ويقع باطلا كل شرط يقضى بالإعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع »[١] .

والقضاء فى مصر وفى فرنسا جرى على هذا المبدأ ، لا بالنسبة إلى الإعفاء من المسئولية فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى التخفيف منها فى صوره المختلفة[٢] . وتعليل ذلك أن أحكام المسئولية التقصيرية من النظام العام ، والقانون هو الذى يتكفل بتقريرها . فهى ليست كأحكام المسئولية العقدية التى هى من صنع المتعاقدين ، فيستطيعان أن يحورا فيها وأن يعفيا منها . فلا يجوز إذن الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو على التخفيف منها سواء من حيث مدى التعويض أو من حيث الشرط الجزائى أو من حيث مدة الدعوى . وقد رأينا فى المسئولية العقدية أن كل هذا جائز فى غير العمد والخطأ الجسيم .

أما الفقه فى فرنسا فيناقش القضاء منتقداً إياه ، ويرى أن غير الجائز من هذه الاتفاقات هو الاتفاق الخاص بالمسئولية التقصيرية إذا ترتبت على العمد أو الخطأ الجسيم وكذلك إذا ترتبت على خطأ يسير ولحق الضرر الجسم دون المال . فإن الاتفاق على الإعفاء

---

(١) انظر تاريخ هذا النص آنفاً فقرة ٤٣٧ فى الهامش .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بما يأتى : « أجمع الفقهاء على أن شرط الإعفاء من المسئولية عن الخطأ التعاقدى باطل إذا كان الخطأ بالغاً جسامة الغش أو الخطأ الفاحش ، أما إذا كان الخطأ يسيراً فبين الفقهاء خلاف ، فمنهم من يقول بصحة الشرط ، ومنهم من يقول ببطلانه . أما شرط الإعفاء عن الخطأ اللاتعاقدى فهو باطل إجماعاً وفى كل الأحوال » (استئناف مصر الوطنية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٢٥ / ٢ ص ٤٤) . انظر أيضاً : استئناف وطنى فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩٢ ص ٢٤٥ — وفى ٢٥ يولية سنة ١٩٢٢ المحاماة ٢ رقم ١/١٦١ ص ٤٨٠ — استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥١ — وفى ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٧٨ — وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٥٤ — وفى ١٧ يونيه سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٨ — وفى ١٠ فبراير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٥٥ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٧ — وفى ١١ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٢٢ — وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ — وفى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٩٦ — وفى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٩ .

وانظر فى القضاء الفرنسى مازو ٣ فقرة ٢٥٧٠ .

من المسئولية التى تترتب على تعمد الإضرار بالغير أو ما هو بمنزلة هذا التعمد (الخطأ الجسيم) ، أو على التخفيف من هذه المسئولية ، يكون مخالفاً للنظام العام . كذلك الأمر إذا كان الضرر يلحق الجسم لا المال ، ولو ترتب على خطأ يسير ، فإن جسم الإنسان لا يجوز أن يكون محلا للاتفاقات المالية . لكن إذا كان الضرر يلحق المال ويترتب على خطأ يسير ، فليس فى القواعد العامة ما يمنع من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية فيها ، ومن باب أولى من الاتفاق على التخفيف من المسئولية فى أية صورة من صور التخفيف[1] .

ومهما يكن من أمر فالتقنين الجديد صريح فى بطلان الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية أو على التخفيف منها . وهو فى ذلك يؤيد القضاء فى مصر وفى فرنسا على النحو الذى أسلفناه .

٦٥٤ — الاتفاق على التشديد فى المسئولية التقصيرية : وقد يكون الاتفاق من شأنه أن يشدد فى المسئولية التقصيرية . مثل ذلك أن يتفق الطرفان على أن يكون الخطأ مفترضاً فى جانب المسئولية فى حالات لا يفرض فيها القانون الخطأ . ومثل ذلك أيضاً الاتفاق على مسئولية المدين حتى لو لم يرتكب خطأ .

ويبدو أنه إذا كان الاتفاق على التخفيف من المسئولية أو الإعفاء منها مخالفاً للنظام العام ، فإن الاتفاق على التشديد فيها لا يخالف النظام العام ، فيكون مشروعاً . يؤيد ذلك ما قضت به الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ من التقنين المدنى الجديد من أنه « يجوز

---

(١) انظر فى الفقه الفرنسى وفى نقد القضاء الفرنسى مازو ٣ فقرة ١٥٧١ — فقرة ٢٥٧٦ .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد انتهى إلى صحة الاتفاق على إعفاء الشركة من مسئوليتها عن جريمة التبديد التى اقترفها تابعها فإنه يكون قد أخطأ فى القانون وفقاً لحكم المادة ٢١٧/٣ من القانون المدنى : نقض جنائى فى ١٩٥٦/٤/٢ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم السنة ٥٦ العدد ٥ و ٦ رقم ٧٨] .

الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة »[1] . وغنى عن البيان أن المسئولية ذاتها لا تتحقق بقيام الحادث المفاجىء والقوة القاهرة لانعدام علاقة السببية . فإذا كان من الممكن أن يتحمل الشخص بالاتفاق تبعة مسئولية لم تتحقق ، فيتحمل التبعة (risque) لا المسئولية ويكون بمثابة المؤمن ، فمن باب أولى يستطيع أن يتفق على التشديد من مسئولية قد تحققت .

§ ٢ — التأمين من المسئولية

٦٥٥ — *متى يجوز التأمين من المسئولية* : التأمين من المسئولية بفضل الإعفاء من المسئولية ، لأنه فى الوقت الذى يزيح فيه عن عاتق المسئول عبء المسئولية لا يحرم المضرور من حقه فى التعويض . وهو ميسر بفضل انتشار شركات التأمين ، ومن ثم فهو كثير الوقوع فى الحياة العملية .

ويجوز للشخص أن يؤمن من مسئوليته المترتبة على الخطأ ، سواء كان هذا الخطأ

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو فى الفقرة الأولى من المادة ٢١٩٥ من المشروع التمهيدى . ولم يحدث فيه تعديل لا أمام لجنة المراجعة (م ٢٢٤ من المشروع النهائى) ، ولا أمام مجلس النواب ، ولا أمام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ (م ٢١٧) ، ولا أمام مجلس الشيوخ (الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥٥٢ — ص ٥٥٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ليست أحكام المادة ٢٩٥ إلا تقنيناً للقواعد التى جرى القضاء المصرى على اتباعها فى هذا الشأن ، فقد يجعل عبء المسئولية أشد وقراً بالاتفاق على تحمل تبعة الحادث الفجائى ، وبهذا يكون المدين مؤمناً للدائن من وجه . وقد تخفف المسئولية على نقيض ذلك باشتراط الإعفاء من تبعة الخطأ التعاقدى إلا أن تكون قائمة على غش أو خطأ جسيم . فليس للأفراد حرية مطلقة فى الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية ، فكما أن الاتفاق على الإعفاء من الخطأ الجسيم والغش لا يجوز فى المسئولية التعاقدية ، كذلك يمتنع اشتراط الإعفاء من المسئولية التقصيرية أياً كانت درجة الخطأ ، ويعتبر مثل هذا الاشتراط باطلا لمخالفته للنظام العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٥٥٣) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ٢١٨/١ (مطابق) — الليبى م٢٢٠/١ (مطابق) — العراقى ٢٥٩/ ١ (مطابق) اللبنانى م ١٣٩ (مقارب) .

عقدياً أو تقصيرياً ، وسواء كان الخطأ التقصيرى مفترضاً أو ثابتاً ، وسواء كان الخطأ الثابت يسيراً أو جسيماً . ولكن لا يجوز التأمين من المسئولية المترتبة على الخطأ العمد ، إذ لا يجوز لأحد أن ييسر لنفسه السبيل إلى الغش . وإنما يجوز التأمين من المسئولية عن عمل الغير ، حتى لو ارتكب هذا الغير خطأ عمداً ، ذلك أن المسئول عن الغير لم يؤمن من المسئولية عن غشه هو بل عن غش الغير ، فالخطأ الشخصى الذى يؤمن نفسه منه هو خطأ مفترض لا خطأ عمد[1] .

ونرى من ذلك أن الشخص يستطيع أن يؤمن من مسئوليته فى مختلف صورها ، فيما عدا المسئولية عن الخطأ العمد الذى يصدر منه شخصياً .

وننظر الآن فيما يأتى : (١) علاقة المؤمن (شركة التأمين) بالمؤمن له (المسئول) (٢) علاقة المؤمن بالمضرور (٣) علاقة المؤمن بمن صدر منه الخطأ فى التأمين على المسئولية عن عمل الغير .

٦٥٦ — علاقة المؤمن بالمؤمن له : هذه العلاقة ينظمها عقد التأمين . وهو يرتب التزامات فى ذمة المؤمن (شركة التأمين) . وأخرى فى ذمة المؤمن له (المسئول) .

(١) التزامات المؤمن : أما التزامات المؤمن فتتلخص فى ضمان المسئولية التى قد تترتب فى ذمة المؤمن له ، وهى المسئولية التى كانت محلا للتأمين . والأصل أن المؤمن

---

(١) ويقرب ذلك من الاتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية ، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة ٢١٧ على ما يأتى : « وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم. ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » .

وكذلك فى التأمين من الحريق نصت المادة ٧٦٨ على أنه « ١ — يكون المؤمن مسئولا عن الأضرار الناشئة عن خطأ المؤمن له غير المتعمد ، وكذلك يكون مسئولا عن الأضرار الناجمة من حادث مفاجىء أو قوة قاهرة . ٢ — أما الخسائر والأضرار التى يحدثها المؤمن له عمداً أو غشاً ، فلا يكون المؤمن مسئولا عنها ولو اتفق على غير ذلك » . ونرى من المقابلة بين هذا النص والنص المتقدم أن المسئولية عن الخطأ الجسيم لا يجوز الإعفاء منها ، ولكن يجوز التأمين عليها .

ضامن لـكل ما ينجم عن هذه المسئولية من تكاليف . فمتى طوالب المؤمن له مطالبة ودية أو قضائية بتعويض عن ضرر هو مسئول عنه وكان داخلا فى دائرة التأمين ، بدأ التزام المؤمن ينتج أثره ، سواء دخل المؤمن فى الدعوى أو لم يدخل ، ووجب عليه أن يكفل للمؤمن له نتائج هذه المطالبة ولو كانت على غير أساس . فإن الذى يضمنه المؤمن ليس هو مسئولية المؤمن له فحسب ، بل كل مطالبة توجه ضده فى شأن هـذه المسئولية[١] .

فإذا ثبتت المسئولية قبل المؤمن له ، وجب على المؤمن أن يدفع له ما ثبت فى ذمته من تعويض بسبب هذه المسئولية[٢] . والقاعدة أن المؤمن يلتزم بالضمان بقدر ما تحقق من مسئولية المؤمن له دون زيادة ، حتى لو كان عقد التـأمين يشتمل على شرط يجعل المؤمن ضامناً لمبلغ معين وكان هذا المبلغ ألفاً وكانت قيمة التعويض ثمانمائة ، فإن المؤمن يضمن الثمانمائة دون الألف[٣] . وتعليل ذلك أن عقد التأمين من المسئولية هو عقد تأمين

---

(١) أو كما يقول هيار (Hémard)، إن الحادث المؤمن ضده (sinistre) هو المطالبة ذاتها ، قضائية كانت أو غير قضائية : (Le sinistre est l'attaque même, judiciaire ou extrajudiciaire : Hémard, t. 2, no. 556)

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصوصاً فى التأمين من المسئولية ، حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اكتفاء بالقواعد العامة إلى أن يصدر تشريع خاص يعالج مسائل التأمين فى مختلف صوره ، وقد جاء فى الفقرة الأولى من المادة ٨٣٠ من هذا المشروع ما يأتى : « لا ينتج التزام المؤمن أثره إلا إذا قام المصاب بمطالبة المؤمن له ودياً أو قضائياً بعد الحادث المبين فى العقد » .

(٢) ويجوز للمؤمن ، قبل ثبوت المسئولية ، أن يتدخل فى الدعوى ، كما يجوز إدخاله إلا إذا اشترط عدم جواز ذلك (مازو ٣ فقرة ٢٦٧١) . بل يجوز للمؤمن أن ينص فى وثيقـة التأمين على احتفاظه وحده بالحق فى مباشرة الدعوى (انظر م ٨٣٠ فقرة ٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد) .

(٣) وقد يتفق المؤمن والمؤمن له على التخفيف من هذه المسئولية ، فلا يدفع المؤمن إلا نسبة معينة من التعويض الذى يلزم به المؤمن له عندما تتحقق مسئوليته (٨٠٪ مثلا) ، وهذا ما يسمى بشرط الخسارة المكشوفة (clause de découvert obligatoire) ، أو يتفقان على ألا يدفع المؤمن من التعويض إلا ما زاد على مبلغ معين (خمسين جنيهاً مثلا) ، فإذا كان التعويض خمسين جنيهاً أو أقل التزم به المؤمن له دون رجوع على المؤمن ، أما إذا زاد التعويض على خمسين جنيها فإن المؤمن يدفع مقدار الزيادة ، وهذا ما يسمى بشرط الخسارة المهدرة (clause de franchise d'avarie) . أو على العكس من ذلك يتفقان على =

لا عقد ادخار ، فهو معقود لتعويض الخسارة على المؤمن له ، فلا يجوز أن يكون مصدر ربح له ، وهذا بخلاف عقد التأمين على الأشخاص فهو عقد ادخار لا عقد تأمين ، فيجوز أن يزيد مبلغ التأمين على مقدار الخسارة .

(٢) التزامات المؤمن له : ويلتزم المؤمن له بدفع أقساط التأمين فى مواعيدها وبغير ذلك من الالتزامات التى ترتبها وثيقة التأمين .

ويصح الاتفاق فى الوثيقة على إعفاء المؤمن من الضمان إذا كان المؤمن له دون رضاء من المؤمن قد دفع إلى المضرور تعويضاً أو أقر له بالمسئولية . ولكن لا يجوز التمسك بهذا الاتفاق إذا كان ما أقر به المؤمن له مقصوراً على واقعة مادية ، أو إذا ثبت أن المؤمن له ما كان يستطيع أن يرفض تعويض المضرور أو أن يقر له بحقه دون أن يرتكب ظلماً بيناً[1] .

٦٥٧ — علاقة المؤمن بالمضرور : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص فى المادة ٨٣٢ منه على ما يأتى : « لا يجوز للمؤمن أن يدفع لغير المصاب مبلغ التأمين المتفق عليه كله أو بعضه مادام المصاب لم يعوض بما لا يجاوز هذا المبلغ عن الأضرار التى نشأت عنها مسئولية المؤمن له » . فكان هذا النص يجعل للمصاب (المضرور) دعوى مباشرة قبل المؤمن ، إذ كان يلزم المؤمن ألا يدفع لغير المضرور مبلغ التأمين مادام المضرور لم يعوض . ومؤدى هذا النص أن المضرور الذى لم يتقاض التعويض من المسئول (المؤمن له) يستطيع أن يتقاضاه مباشرة من المؤمن فى حدود مبلغ التأمين ، دون أن يشترك معه دائنو المؤمن له ، لأنه يرجع على المؤمن بالدعوى المباشرة لا بدعوى الدين .

= ألا يدفع المؤمن ما زاد من التعويض على مبلغ معين (خمسمائة جنيه مثلا) ، فإذا كان التعويض خمسمائة أو أقل دفعه المؤمن كله ، أما إذا زاد على الخمسمائة فإن المؤمن لا يدفع إلا خمسمائة ويتحمل المؤمن له مقدار الزيادة . (انظر فى وجوه التخفيف المختلفة مازو ٣ فقرة ٢٦٦١ — ٢ إلى فقرة ٢٦٧٠) .

(١) انظر فى هذا المعنى المادة ٨٣١ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، وقد حذفت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ كما قدمنا .

ولكن هذا النص قد حذف ، وترك الأمر لقانون خاص يصدر فيما بعد . وحتى يصدر هذا القانون معيداً لهذا النص لايمكن القول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل المؤمن . فلا يرجع على المؤمن إلا بطريق الدعوى غير المباشرة . وذلك بأن يستعمل دعوى مدنية المؤمن له ، وفى هذه الحالة يشاركه دائنو المؤمن له شركة غرماء إذ هو لا يمتاز عنهم [1] .

٦٥٨ — علاقة المؤمن بمن صدر منه الخطأ فى التأمين على المسئولية عن عمل الغير :
يحدث أن المؤمن له لا يكون هو من صدر منه الخطأ ، ولكنه يكون مسئولا عن عمل الغير الذى صدر منه الخطأ ، ويتحقق ذلك فى مسئولية المكلف بالرقابة عمن هم فى رقابته

---

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف بأن المضرور فى حادث أو خلفاءه يستطيعون الرجوع مباشرة على المؤمن للشخص المسئول عن هذا الحادث ، ويترتب على ذلك أنه عند ما يثبت خطأ المسئول عن الحادث ثبوتاً صحيحاً ، فلا تستطيع شركة التأمين أن تدفع دعوى المضرور إلا فى حدود مبلغ التعويض المتفق عليه فى عقد التأمين وهى الحدود المرسومة لمسئوليتها (استئناف مختلط فى ٨ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٨٧) . وانظر فى هذا المعنى أيضاً : استئناف مختلط فى ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٧ — وفى ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٠٥ .

والقول بأن للمضرور دعوى مباشرة قبل شركة التأمين دون نص لا يمكن تخريجه وفقاً للقواعد العامة إلا عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير ، فيقال إن المؤمن له عندما تعاقد مع شركة التامين اشترط لمصلحة المضرور ، فصار لهذا حق مباشر قبل شركة التأمين . ويرجع فى ذلك لوثيقة التأمين لينظر هل يمكن أن يستخلص من نصوصها هذا الاشتراط .

[وقد قضت محكمة النقض بأن الشارع المصرى لم يورد — على خلاف بعض التشريعات الأخرى — نصاً خاصاً يقرر للمصاب حقاً مباشراً فى مطالبة المؤمن بالتعويض عن الضرر الذى أصابه والذى يسأل عنه قبل المستأمن فوجب الرجوع إلى القواعد العامة لتعرف ما إذا كانت وثيقة التأمين على مسئولية المستأمن قصد بها اشتراط لمصلحة الغير أم قصد بها اتفاق خاص بين الطرفين المتعاقدين . فإذا كان الحق الذى اشترطه المستأمن إنما اشترطه لنفسه ، فلا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير حتى لو كانت تعود منه منفعة على الغير . أما إذا تبين من مشارطة التأمين أن المتعاقدين قصدا تخويل المصاب الحق المباشر فى منافع العقد ، فإن القواعد الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير هى التى تطبق (نقض مدنى ٥ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٤٠ ص ١٠٧٩) .

ويلاحظ أن هناك حالات خاصة وردت فيها نصوص تعطى للمضرور حقاً مباشراً قبل شركة التأمين . من ذلك التأمين الإجبارى من المسئولية المدنية الناشئة من حوادث السيارات (م ٥ من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥)] .

ومسئولية المتبوع عن التابع . فإذا دفع المسئول عن عمل الغير التعويض للمضرور ، ورجع به على المؤمن ، ألا يجوز لهذا أن يرجع به على الغير الذى صدر منه الخطأ كما كان يرجع المسئول نفسه ؟

سنرى فيما يلى أنه إذا اجتمع للمضرور طريقان للتعويض أحدهما هو طريق التأمين ، جاز له أن يجمع بينهما . فيرجع بالتعويض على الغير الذى ارتكب الخطأ لأن هـذا الخطأ هو الذى تحققت به المسئولية ، ويرجع على المؤمن بمبلغ التأمين بمقتضى عقد التأمين الذى دفع أقساطه . فهو يجمع بين الحقين لأن لـكل حق مصدراً غير المصدر الذى قام عليه الحق الآخر ، فمصدر الحق فى التعويض الخطأ الذى ارتكبه الغير ، ومصدر الحق فى مبلغ التأمين العقد الذى أبرمه مع المؤمن .

ولـكن يغلب فى العمل أن يشترط المؤمن فى عقد التأمين أن ينزل المؤمن له عن دعواه قبل من صدر منه الخطأ إلى المؤمن، فيكون هذا بمثابة الحلول الاتفاقى[1] . فإذا لم يوجد شرط كهذا لم يبق إلا تطبيق القواعد العامة ، وتطبيقها يؤدى إلى أن المؤمن لا يحل محل المؤمن له فى الرجوع على الغير الذى صدر منه الخطأ ، لا حلولا اتفاقياً لأن عقد التأمين لم يرد فيه شرط الحلول ، ولا حلولا قانونياً لأن الحلول القانونى لا يكون إلا بنص والنص غير موجود[2] .

---

(١) وقد نص التقنين المدنى الجديد على حلول قانونى فيما يتعلق بالتأمين من الحريق ، فقضت المادة ٧٧١ بما يأتى : « ويحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تـكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، ما لم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله » . ولـكن هذا النص خاص بالتأمين من الحريق ، وهو كما ترى يمنع صراحة من الحلول إذا كان من أحدث الضرر شخصاً يعتبر المؤمن له مسئولا عن أفعاله .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، لا تمسكا بالقواعد العامة فى المسئولية المدنية ، ولا احتجاجاً بالحلول القانونى (استئناف مختلط فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٤٥ ص ٧٤ — وانظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٧٨) . ولـكن يجوز أن يكون للمؤمن دعوى مباشرة إذا كان المؤمن له قد نزل للمؤمن عن دعواه (استئناف مختلط فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٤ — وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٧٨ — وفى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٧٢ — وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٧٨) .

=

§ ٣ – اجتماع طريقين للتعويض[1]

٦٥٩ — *كيف يجتمع طريقان للتعويض* : قد يوجد لدى المضرور طريقان يستطيع سلوكهما لتعويض ما أصابه من ضرر . مثل ذلك أن يكون قد أمن نفسه فى إحدى شركات التأمين مما يصيبه من ضرر فى جسمه أو فى ماله عن طريق التأمين على الحياة أو التأمين من الحوادث أو التأمين من الحريق أو التأمين من الخسائر أو التأمين من المسئولية . ومثل ذلك أيضاً أن يكون الضرر الذى يصيبه من شأنه أن يرتب له حقاً فى نفقة أو إيراد فى ذمة الغير .

ونستعرض كلا من الحالتين : حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين وحالة اجتماع التعويض مع النفقة أو الإيراد[2] .

٦٦٠ — *اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين* : إذا أصيب شخص بضرر فى جسمه أو فى ماله ، وكان مؤمناً نفسه من هذا الضرر ، فقد رأينا أن التحليل القانونى يؤدى إلى النتيجة الآتية : للمضرور حقان ، حق قبل المسئول عن هذا الضرر فى التعويض ومصدر هذا الحق الخطأ الذى ارتكبه المسئول ، وحق قبل شركة التأمين فى مبلغ التأمين ومصدر هذا الحق العقد الذى تم بينه وبين الشركة . فإذا كان مؤمناً على حياته أو على ما عسى أن يصيبه من جراء الحوادث ، ووقع الضرر الذى أمن نفسه منه ، فهو — أو ورثته — يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على المسئول عن الحادث ، ويجمع بذلك بين الحقين . كذلك إذا كان مؤمناً على منزله من الحريق ، أو على بضاعته من الغرق ، أو على مسئوليته إذا تحققت ، كان له أن يرجع بمبلغ التأمين على الشركة وبالتعويض على من كان مسئولا

= ومع ذلك قارن استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وسنعود إلى ذلك فيما يلى .

(١) [انظر دى باج جـ ٢ بند ١٠٣٣ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٨٧] .

(٢) وقد يجتمع التعويض مع الدية فى قانون تحقيق الجنايات الوطنى القديم (انظر م ٥٦ من هذا القانون) ، إذ التعويض غير الدية (محكمة الاستئناف الوطنية فى ١١ مارس سنة ١٨٩٧ الحقوق ١٢ ص ٢٣٩ — محكمة أسيوط فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٢١ ص ٥١) .

عن إحراق المنزل أو إغراق البضاعة أو تحقيق المسئولية ، ويجمع بذلك فى هذه الحالات أيضاً بين الحقين .

ولا يجوز الاعتراض على هذا التحليل القانونى بأن المضرور يكون بذلك قد جمع بين تعويضين عن ضرر واحد ، ذلك أنه لم يتقاض إلا تعويضاً واحداً من المسئول عن الضرر الذى أصابه ، أما مبلغ التأمين فليس مقابلا للتعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التى دفعها للشركة[1] .

---

(١) وإذا كان عقد التأمين عقداً احتمالياً بالنسبة إلى المؤمن له — فهو قد يتقاضى مبلغاً أكبر من مجموع الأقساط التى دفعها إذا وقع الحادث المؤمن منه وقد لا يتقاضى شيئاً أصلا إذا لم يقع — فان العقد بالنسبة إلى الشركة ليس بالعقد الاحتمالى لأن الشركة تعوض خسارتها عند بعض المؤمن لهم بكسبها عند بعض آخر ، وهى فى مجموع صفقاتها غير خاسرة ، وقد أقامت عملها على هذا الأساس . أما الحادث المؤمن منه فليس حادثاً تعوض عنه شركة التأمين ، بل هو شرط يجب على الشركة عند تحققه أن تدفع للمؤمن له مبلغ التأمين .

إذن يجب التسليم بأن المضرور يستطيع أن يجمع بين الحقين ، حقه فى التعويض ضد المسئول وحقه فى مبلغ التأمين ضد الشركة . وكل من الحقين له مصدر مستقل عن مصدر الحق الآخر ، فأحدهما مصدره العمل غير المشروع والآخر مصدره العقد .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز الجمع بين التعويض المقضى به عن الفعل الضار وبين التأمين الذى استحق عملا للقانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٦ بإنشاء صندوق للتأمين والمعاشات لموظفى الحكومة المدنيين وغيرهم لاختلاف مصدر كل حق عن الآخر : نقض جنائى فى ٣٠/١/١٩٦١ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١٢ رقم ٢٢ ص ١٣١] .

وإذا كان التشريع الفرنسى الصادر فى ١٣ يولية سنة ١٩٣٠ قد نص فى المادة ٣٦ منه ، فى التأمين على الأشياء ، على حلول شركة التأمين محل المضرور فى الرجوع على المسئول بمقدار مبلغ التأمين الذى دفعته الشركة ، فليس ذلك إلا مراعاة لاعتبار عملى هو ألا يكون التأمين على الأشياء مصدر ربح للمؤمن له ، فيتقاضى التعويض ومبلغ التأمين معاً ، لئلا يغريه ذلك على إتلاف الشىء الذى أمن عليه . وإذا كان هذا التشريع فى المادة ٥٥ منه ، فى التأمين على الأشخاص قد نص على عدم حلول شركة التأمين محل المضرور فى الرجوع على المسئول ، فذلك إنما هو رجوع إلى تطبيق القواعد العامة من جواز الجمع بين الحقين كما قدمنا ، بعد أن انتفى الاعتبار العملى الذى كان يمنع من الجمع بينهما ، إذ قل أن يصيب الشخص نفسه طمعاً فى مبلغ التأمين وإذا هو فعل فمن السهل افتضاح أمره .

وقد طبق التقنين المدنى الجديد مبدأ عدم حلول الشركة محل المؤمن له فى التأمين على الحياة ، فنص فى المادة ٧٦٥ على أنه « فى التأمين على الحياة لا يكون للمؤمن الذى دفع مبلغ التأمين حق فى الحلول محل =

كذلك لا يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المسئول بتعويض بحجة أن خطأه هو الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين للمضرور ، ذلك أن الذى ألزمها بدفع مبلغ التأمين ليس هو خطأ المسئول بل هو عقد التأمين[1] .

= المؤمن له أو المستفيد فى حقوقه قبل من تسبب فى الحادث المؤمن منه أو قبل المسئول عن هذا الحادث » . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، فى التأمين على الأشخاص ، يجمع بين مبلغ التعويض ومبلغ التأمين . كذلك قرر التقنين الجديد مبدأ حلول الشركة محل المؤمن فى التأمين من الحريق ، فقد رأينا أن المادة ٧٧١ تنص على أنه « يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض عن الحريق فى الدعاوى التى تكون للمؤمن له قبل من تسبب بفعله فى الضرر الذى نجمت عنه مسئولية المؤمن ، مالم يكن من أحدث الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه فى معيشة واحدة أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولا عن أفعاله » . ويتبين من هذا النص أن المؤمن له ، فى التأمين على الأشياء ، لا يجمع الأصل بين الحقين ، وأن الشركة تحل محله فى الرجوع على المسئول إلا إذا كان التأمين يشمله ضمناً .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بهذا المعنى بأن خطأ الغير المسئول عن وقوع الحادث ليس هو السبب المباشر لالتزام المؤمن بدفع قيمة التأمين للمؤمن له المضرور من هذا الحادث ، وإنما سبب هذا الالتزام هو عقد التأمين ذاته فلولا قيام ذلك العقد لما التزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين رغم وقوع الحادث . وينبنى على ذلك أنه ليس للمؤمن أن يدعى بأن ضرراً قد حاق به من جراء وفائه بمبلغ التأمين إذ أن هذا الوفاء من جانبه لم يكن إلا تنفيذاً لالتزامه التعاقدى تجاه المؤمن له مقابل الأقساط التى يؤديها له الأخير ، وتنفيذ الالتزام لا يصح اعتباره ضرراً لحق بالملتزم ، وإذا كان الحادث الذى تسبب الغير فى وقوعه هو الذى يجعل مبلغ التأمين مستحقاً فإن عقد التأمين يقوم على أساس احتمال تحقق الخطر المؤمن منه فى أى وقت وقد كان هذا الاحتمال محل اعتبار المؤمن عند التعاقد ، وبالبنـاء على ما تقدم يكون الحكم إذ انتهى إلى حق شركة التأمين فى الرجوع على المسئول عن الضرر بما دفعه للمؤمن له على أساس المسئولية التقصيرية وتوافر رابطة السببية بين الضرر ووقوع الحادث — يكون الحكم قد خالف القانون . كما أنه لا محل لتأسيس حق الشركة المؤمنة فى الرجوع على الغير المسئول عن الحادث على أساس الحلول ذلك أن رجوع المؤمن على المدين بدعوى الحلول يقتضى أن يكون المؤمن قد وفى الدائن بالدين المترتب فى ذمة المدين لا بدين مترتب فى ذمته هو مما لا يتحقق بالنسبة لشركة التأمين ، إذ أن وفاءها بمبلغ التأمين يستند إلى الالتزام المترتب فى ذمتها للمؤمن له بموجب عقد التأمين : نقض فى ١٩٦٢/١٢/٢ مجموعة أحكام النقض المدنية سنة ١٣ رقم ١٨٥ ص ١١٦٦ — انظر حكماً مماثلا لمحكمة النقض فى أول يناير ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١ ص ١٤] .

وقد رأينا محكمة الاستئناف المختلطة تقضى بأنه لا يجوز للمؤمن أن يرجع باسمه عن طريق الدعوى المباشرة على المسئول عن الضرر ، إلا إذا كان المؤمن له قد نزل له عن دعواه (انظر آنفاً فقرة ٦٥٨ فى الهامش) . وقد قضت أيضاً ، فى ظل القانون القديم حيث لا يوجد نص على حلول المؤمن محل المؤمن له =

٦٦١ — اجتماع التعويض مع النفقة أو الإيراد : قد يكون الضرر الذى أوجب التعويض للمضرور سبباً فى ترتيب حق آخر له . مثل ذلك عامل فى مصنع تسبب عامل آخر فى إصابته ، فيستحق العامل المضرور قبل رب المصنع مبلغاً يقدره قانون إصابات العمل جزافاً كما رأينا ، ويستحق فى الوقت ذاته تعويضاً كاملا قبل العامل المسئول عن الحادث ، فهل له أن يجمع بين التعويضين؟ مثل آخر شخص أصيب بما أقعده عن العمل ، فاستحق تعويضاً قبل المسئول عن هذه الإصابة ونفقة عند من تجب عليه النفقة له بسبب عجزه عن العمل ، فهو يجمع بين التعويض والنفقة؟

يختلف الأمر هنا عن حالة اجتماع التعويض مع مبلغ التأمين . فقد قدمنا أن مبلغ التأمين ليس مقابلا للتعويض ، بل هو مقابل لأقساط التأمين التى سبق دفعها ، ولكن المبلغ الجزافى الذى يدفعه رب المصنع للعامل عن إصابته ، والنفقة التى يدفعها من تجب عليه النفقة ، لامقابل لها إلا عجز المضرور عن العمل بسبب الحادث الذى أصابه ، فالصبغة الغالبة عليهما هى التعويض عن هذا العجز . لذلك لايجوز أن يجمع المضرور بين تعويضين ، فهو إذا تقاضى التعويض الجزافى أو النفقة ، لم يرجع على المسئول إلا بما بقى من الضرر دون تعويض ، ويرجع رب المصنع أو الملزم بالنفقة على المسئول بما التزم بدفعه للمضرور لأن المسئول هو المتسبب فى ذلك[1] . أما إذا رجع المضرور بكل التعويض على المسئول ،

= فى التأمين على الأشخاص ، بأن المؤمن له ، حتى لو تقاضى مبلغ التأمين من المؤمن ، يحتفظ مع ذلك بحقه فى الرجوع بالتعويض على من أحدث الضرر ، سواء فى ذلك التأمين على الأشياء والتأمين على الأشخاص (استئناف مختلط فى ٢١ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٥٦) . وقضت كذلك بأن المسئول عن الحريق لا يستطيع أن يتخلص من نتائج هذه المسئولية قبل المضرور بدعوى أن المضرور قد أمن على نفسه من حريق ، بل ولا بحجة أنه قد استولى على مبلغ التأمين من المؤمن (استئناف مختلط فى أول مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٠) . ومع ذلك فقد قضت هذه المحكمة بأنه لا يصح ، كمبدأ عام ، المنازعة فى حق المؤمن فى الرجوع ، باسمه أو باسم المؤمن له ، بدعوى المسئولية على المسئولين عن وقوع الحادث المؤمن منه (استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ جازيت ١٤ رقم ١٠ ص ١٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(١) محكمة مصر الجزئية المختلطة فى ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٩ ص ٢٠٠ — قارن استئناف مختلط فى ١٥ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٦٥ .

فلا يجوز له أن يرجع بشيء على صاحب المصنع[1] أو الملزم بالنفقة .

كذلك لا يستطيع الموظف ، إذا أصيب فى حادث تكون الحكومة مسئولة عنه ، أن يجمع بين التعويض الكامل عن هذا الحادث وبين معاش استثنائى يرتبه القانون على سبيل التعويض ، بل يجب إنقاص مبلغ المعاش الاستثنائى ، سواء كان فى صورة إيراد مدى الحياة أو فى صورة مكافأة إجمالية ، من مبلغ التعويض الكامل المستحق للموظف[2] .

---

(١) كذلك لا يجوز الجمع بين مطالبة رب المصنع بالتعويض بمقتضى قانون إصابات العمل والتعويض طبقاً للقواعد العامة فى المسئولية . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز الجمع بين أحكام قانون إصابات العمل باعتباره من القوانين الخاصة وأحكام القانون العام فى المطالبة بتعويض الضرر المدعى به ، لأن القانون الأول مجال تطبيقه الأحوال التى أراد فيها المشرع أن يرعى جانب العامل نظراً لمخاطر العمل بعدم تحميله عبء إثبات خطأ صاحب العمل أو تقصيره عند المطالبة بالتعويض . فإذا ما لجأ العامل إلى أحكام هذا القانون واتخذها سنداً له فى طلب التعويض ، فإنه لا يصح له بمقتضى المادة الرابعة أن يتمسك بأى قانون آخر ضد صاحب العمل ما لم يكن الحادث المطلوب عنه التعويض قد نشأ عن خطأ فاحش . ولكن إذا كان المدعى بنى طلب التعويض على قانون إصابات العمل ، ثم طالب بتعويض بناء على قواعد المسئولية العامة ، وطلب الحكم له بالتعويضين على اعتبار أنهما طلبان أصليان ، فاستبعدت المحكمة تطبيق قانون إصابات العمل ، فإنه يكون من المتعين عليها أن تنظر فى الطلب المؤسس على القانون العام (نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن حادث وفاة المستخدم التى يترتب عليها التزام الحكومة بالمكافأة الاستثنائية لأرملته وأولاده بموجب قانون المعاشات قد يترتب عليها أيضاً التزام من يكون مسئولا عن الحادثة بالتعويض الذى يستحق بموجب القانون المدنى . ولما كان قانون المعاشات قد رتب استحقاق المكافأة الاستثنائية على وقوع الحادثة ، وأجاز زيادتها تبعاً لظروف الحال ، فإنه يكون قد بين أن غرضه هو أن يجبر بقدر معلوم الضرر الواقع لأرملة المستخدم وأولاده . فهذان الالتزامان ، وإن كانا مختلفين فى الأساس القانونى ، هما متحدان فى الغاية ، وهى جبر الضرر الواقع للمضرور . وهذا الجبر ، وإن وجب أن يكون كاملا مكافئاً لمقدار الضرر ، فإنه لا يجوز أن يكون زائداً عليه ، إذ أن كل زيادة تكون إثراء لا سبب له . ومن ثم فإنه عند ما تكون الحكومة مسئولة أيضاً عن التعويض الذى أساسه القانون المدنى يكون من المتعين خصم مبلغ المكافأة الاستثنائية من كامل مبلغ التعويض المدنى المستحق . وهذا النظر يتفق وما قرره الشارع فى حالة مماثلة ، فان قانون إصابات العمل رقم ٦٤ سنة ١٩٣٦ الذى قرر التزام صاحب العمل — على غرار التزام الحكومة بقانون المعاشات — بأن يدفع بقدر معلوم كذلك تعويضاً للعامل المصاب ، نص على عدم الجمع بين هذا التعويض والتعويض المستحق بموجب القانون المدنى (نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١) . وقضت أيضاً بأن استناد الحكم المطعون فيه إلى المادة ٣٣ من قانون المعاشات (رقم ٦٥ لسنة ١٩٠٩) دون المادة ٣٩ منه لا يؤثر على سلامة النظر الذى ذهب إليه باعتبار أن المكافأة التى منحتها الطاعنة المطعون عليه هى مكافأة استثنائية بقدر معلوم استحقها وفقاً =

لـكن إذا قبض الموظف معاشه العادى طبقاً لقانون المعاشات ، فإنه يستطيع الجمع بينه وبين التعويض الـكامل ، لأن المعاش العادى كمبلغ التأمين إنما استحق لقاء الاستقطاعات الدورية التى أخذت من مرتب الموظف(١) .

أما إذا كان المضرور قد تلقى صدقة أو إحساناً من الغير مواساة له فيما أصابه من ضرر ، فلا يجوز للمسئول أن ينقص من مبلغ التعويض الذى يلزمه مقدار هذه الصدقة ، فإن صاحب الصدقة قد تبرع بها للمضرور لا للمسئول .

= لهذا القانون كتعويض على مجرد الإصابة التى لحقته وأقعدته عن مواصلة العمل فى خدمة الحكومة ، وأن حقه فى التعويض الـكامل الجابر للضرر الذى لحقه يظل مع ذلك قائماً وفقاً لأحكام القانون المدنى إذا كانت هذه الإصابة قد نشأت من خطأ تسأل عنه الطاعنة (نقض مدنى فى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨ ص ٣) [وانظر بنها الـكلية ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٣ المحاماة ٣٤ رقم ٦٤٤ ص ١٣٠١] .

ومع ذلك فقد قضت محـكمة النقض بأن المعاش الخاص المقرر لرجال الجيش بقانون المعاشات العسكرية رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٠ عند إصابتهم بعمل العدو أو بسبب حوادث فى وقائع حربية أو فى مأموريات أمروا بها لا علاقة له بالتعويض الذى يستحقه صاحب المعاش قبل من سبب له الإصابة عن عمد أو تقصير منه ، وذلك لاختلاف الأساس القانونى للاستحقاق فى المعاش عنه فى التعويض (نقض جنائى فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر الجنائية ٦ رقم ٣١٧) . وهذا الحكم قد حاد عن المبدأ الصحيح الذى قررناه ، وقد انتقده بحق الدكتور سليمان مرقس فى تعليقه المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى .

[ثم عادت الدائرة الجنائية بمحكمة النقض وقضت بأن المـكافأة الاستثنائية التى تمنحها الحـكومة لأحد موظفيها طبقاً لقانون المعاشات رقم ٥ لسنة ١٩٢٩ كتعويض عن الإصابة التى لحقته وأقعدته عن مواصلة العمل فى خدمتها لا تحول دون المطالبة بحقه فى التعويض الـكامل الجابر للضرر الذى لحقه ، إذ أن هذا الحق يظل مع ذلك قائماً وفقاً لأحكام القانون المدنى إذا كانت الإصابة قد نشأت عن خطأ تسأل عنه الحكومة ، إلا أنه لا يصح للمضرور أن يجمع بين التعويضين لأن هذين الالتزامين متحدان فى الغاية وهى جبر الضرر جبراً متكافئاً له ولا يجوز أن يزيد عليه : نقض جنائى فى ٢١ /٣/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٢١٦ ص ٦٦٥] .

(١) نقض مدنى فى ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٥ ص ٢٥١ وقد سبقت الإشارة إلى هـذا الحـكم فى الحاشية السابقة . ويقرر الحـكم ، فى المسألة التى نحن بصددها ، ما يأتى : « ولـكن المـكافأة العادية التى تستحقها ورثة المستخدم عند وفاته وفاة طبيعية والتى لا علاقة لها بالحادثة ولا بالتعويض المستحق عنها ، فهـذه تبقى مستحقة للورثة بالإضافة إلى التعويض » .

الفصل الثانى

المسئولية عن عمل الغير
والمسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٦٢ — المسئولية تقوم لا على خطأ واجب الإثبات بل على خطأ مفترض : بسطنا قواعد المسئولية بوجه عام ، فاستعرضنا أركانها وفصلنا أحكامها . وجرينا فيما قدمناه على أن الخطأ الذى تقوم عليه المسئولية هو خطأ واجب الإثبات ، يثبته مدعى المسئولية وهو المضرور .

وننتقل الآن إلى حالات خاصة فى المسئولية يجمعها أنها تقوم كلها لا على خطأ واجب الإثبات ، بل على خطأ مفترض على خلاف فى الرأى سنفصله فيما يلى . وقد توخى المشرع فيها أن ييسر على المضرور التعويض عما أصابه من الضرر ، فأزاح عن عاتقه عبء إثبات الخطأ .

وقد قسم التقنين المدنى الجديد هذه الحالات إلى قسمين : قسم للمسئولية عن عمل الغير وآخر للمسئولية الناشئة عن الأشياء . ونستعرض كلا منهما .

الفرع الأول

المسئولية عن عمل الغير

٦٦٣ — حالتاه : يكون الشخص مسئولا عن عمل الغير فى حالتين : (الحالة الأولى) هى حالة من تجب عليه رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ويكون مسئولا عن الأعمال الصادرة من هذا الشخص .

(والحالة الثانية) هى حالة المتبوع ويكون مسئولا عن أعمال التابع .

المبحث الأول

مسئولية من تجب عليه الرقابة عمن هم فى رقابته (*)

٦٦٤ — **النصوص القانونية** : كانت المادة ١٥١ من التقنين المدنى الوطنى القديم تنص على ما يأتى :

« وكذلك يلزم الإنسان بضرر الغير الناشىء عن إهمال من هم تحت رعايته أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم » .

وكانت المادة ٢١٣ من التقنين المدنى المختلط القديم تنص على ما يأتى :

« يلزم الشخص كذلك بضرر الغير الناشىء عن تقصير من هم فى رعايته أو عن إهمالهم أو عن عدم الدقة والانتباه منهم أو عن عدم ملاحظته إياهم » .

وكانت هذه النصوص معيبة من وجوه متعددة : (١) فهى من حيث الصياغة كانت قلقة مضطربة ، إذ تعرض تارة لمسئولية متولى الرقابة عمن هم تحت رعايته بناء على خطأ مفترض ، وتعرض طوراً لمسئولية متولى الرقابة بناء على خطأ ثابت فى جانبه ، مع أن المقصود هو المسئولية الأولى[1] . (٢) ثم هى لم تبين فى أى الأحوال وبأى الشروط يصبح الشخص متولياً الرقابة على غيره . (٣) وهى أخيراً لم توضح أساس المسئولية ، وهل هى

(*) بعض المراجع : بولاتون (Beaulaton) رسالة من باريس سنة ١٩٣٧ — كومبسكير (Combescure) رسالة من مونبلييه سنة ١٩٣٧ — كورتو (Courteaud) رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٨ — جروميتر (Grosmaitre) رسالة من ليون سنة ١٩٣٨ — جانبيير (Jeanpierre) رسالة من نانسى سنة ١٩٣٨ — بيرون (Piron) رسالة من ديجون سنة ١٩٣٩ — ألبيرتى (Alberti) رسالة من إكس سنة ١٩٤٢ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٤٥ — فقرة ٣٤٨ — مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ١٤٨ — فقرة ١٩٢ — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٤٩٧ — فقرة ٥١٣ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٧٤ — فقرة ٨٧ — [الدكتور أنور سلطان فقرة ٥١٧ — ٥٢٦ — الدكتور عبد المنعم فرج الصده فقرة ٤٩٥ — ٥٠٣] .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٤٥ .

قائمة على خطأ مفترض ، وهل هذا الافتراض يقبل إثبات العكس[١] .

فجاء التقنين المدنى الجديد بنصوص تجنب فيها هذه العيوب ، إذ نص فى المادة ١٧٣ على ما يأتى :

« ١ — كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » .

« ٢ — ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة ، مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج » .

« ٣ — ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية »[٢] .

---

(١) ومع ذلك فإن هذه النصوص ، على ما فيها من عيوب ، كانت خيراً من مثيلتها فى القانون المدنى الفرنسى (م ١٣٨٤) التى لم تضع قاعدة عامة ، بل اقتصرت على ذكر طوائف من المسئولين على سبيل الحصر (أنظر مازو ١ فقرة ٧١٢ — فقرة ٧١٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤١ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ — كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى لو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

٢ — ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » . وفى لجنة المراجعة عدلت المادة ، بعد أن أصبح رقمها ١٧٧ فى المشروع النهائى ، على الوجه الآتى : =

ونبحث فى صدد هـذا النص أمرين : (١) متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

= ١ — كل من تولى رقابة شخص فى حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يـكون ملزماً بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هـذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز .

٢ — ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو فى الحرفة ما دام القاصر تحت إشراف المعلم ، وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصرة إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج .

٣ — ويستطيـع المـكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » . وقد قام هذا التعديل على الاعتبارين الآتيين:

(أولا) تجنب جعل المسئولية على من يجب عليه قانوناً رقابة شخص ، فإن هذا من شأنه أن يثير فـكرة الولاية على النفس وأحـكامها فى الشريعة الإسلامية مما قد لا يتفق تماماً مع فـكرة الرقابة فى القانون الحديث .

(ثانياً) حدد فى التعديل إلى أى سن يكون الصبى فى حاجة إلى الرقابة ومتى تنتقل الرقابة إلى المعلم فى المدرسة أو فى الحرفة وإلى من تنتقل الرقابة على الزوجة القاصر . وقد أشير فى لجنة المراجعة إلى تدرج فى التشدد فى افتراض الخطأ ، فتارة ينتفى الافتراض بإثبات عدم الخطأ ، وطوراً بإثبات عدم القدرة على منع العمل غير المشروع ، وثالثة بإثبات السبب الأجنبى وهذا ينفى علاقة السببية لا ينفى افتراض الخطأ . ويبدو عند التأمل أن دفع المسئولية إنما يـكون بأحد أمرين : إما بنفى الخطأ وإما بنفى علاقة السببية . فى الحالة الأولى من هذه الحالات الثلاث المتدرجة قد انتفى الخطأ ، وفى الحالتين الثانية والثالثة قد انتفت علاقة السببية (انظر : نقض مدنى فى ١٩ نوفبر سنـة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٩٤/١ ص ١٩٨ وسنعود إلى هذا الحـكم فيما يلى) . وقد وافق مجلس النواب على النص كما ورد فى المشروع النهائى . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة انتهت إلى إضافة كلمة « المشرف » فى الفقرة الثانية وإلى استبدال عبارة « كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص » بعبارة « كل من تولى رقابة شخص لأن مناط المسئولية هو وجود التزام بالرقابة والالتزام فى هذه الحالة إما أن يـكون مصدره الاتفاق أو نص القانون . وأصبح رقم المادة ١٧٣ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٥ — ص ٤١٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٤ (مطابق) — الليبى م ١٧٦ (مطابق) . العراق م ٢١٨ (مقارب) — اللبنانى م ١٢٥ — ١٢٦ و م ١٢٨ (موافق) .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية متولى الرقابة

٦٦٥ — **شرطاه لتحقق المسئولية** : تتحقق المسئولية إذا تولى شخص الرقابة على شخص آخر ، وصدر ممن هو تحت الرقابة عمل غير مشروع ثبت فى جانبه فأوجب مسئوليته . ومن ثم يكون متولى الرقابة مسئولاً عن هذا العمل غير المشروع .

فتحقق المسئولية يستلزم إذن شرطين : (١) تولى شخص الرقابة على شخص آخر . (٢) صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة .

§ ١ — تولى الرقابة

٦٦٦ — **الالتزام بالرقابة** : لا تتحقق المسئولية إلا إذا قام التزام بالرقابة . ومصدر هذا الالتزام إما أن يكون القانون أو الاتفاق كما يقول النص . مثل القانون الأب يتولى رقابة ابنه ، ومثل الاتفاق مدير مستشفى للأمراض العقلية يتولى رقابة مرضاه . فلا يكفى إذن أن يتولى شخص بالفعل رقابة شخص آخر حتى يكون مسئولا عنه ، بل يجب أن يكون هناك التزام قانونى أو اتفاق بتولى هذه الرقابة . وقيام هذا الالتزام هو الذى ترتب عليه مسئولية متولى الرقابة .

وعلة هذا الالتزام كما جاء فى النص ، حاجة الشخص الموضوع فى رقابة غيره إلى هذه الرقابة ، إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية ، وإما بسبب حالته الجسمية . فالقاصر فى حاجة إلى الرقابة بسبب قصره . والمجنون والمعتوه وذو الغفلة فى حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم العقلية . والأعمى والمقعد والمشلول فى حاجة إلى الرقابة بسبب حالتهم الجسمية . ومن هؤلاء من يتولى القانون إقامة رقيب عليهم ، كالقاصر والمجنون والمعتوه وذى الغفلة يضعهم القانون فى رقابة الآباء أو أولياء النفس . ومنهم من تقوم الرقابة عليه بالاتفاق مع

متولى الرقابة ، كمدير المستشفى والممرض يتفق معهما على تولى رقابة المرضى[١] .

أما الرقابة التى لاتقوم بسبب القصر أو الحالة العقلية أو الحالة الجسمية ، كرقابة السجان على المسجونين ورقابة رئيس الحزب السياسى على أعضاء حزبه[٢] ، فلا تترتب عليها هذه المسئولية .

٦٦٧ — **الحالات التى يقوم فيها الالتزام بالرقابة :** لم يحصر القانون الحالات التى يتولى فيها شخص الرقابة على غيره ، واكتفى بأن قرر أن هذه الحالات تقوم إذا قام التزام بالرقابة قانوناً أو اتفاقاً . والرقابة فى الأصل تقوم على القاصر . فإذا بلغ سن الرشد انحلت عنه ، إلا إذا وجد ما يدعو لبسط الرقابة عليه وهو بالغ . فنستعرض إذن هاتين الحالتين : حالة القصر وحالة البلوغ .

(١) القاصر : أظهر حالات الرقابة هى كما قدمنا حالة القصر . وقد عنى المشرع بها

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يفصل نص المشروع ما ورد من النصوص فى التقنين المصرى الحالى من وجوه ثلاثة . فهو يحدد أولا فكرة الرقابة تحديداً بيناً . ويراعى أن نصوص التقنين الحالى ، وإن كانت تفضل من هذه الناحية نصوص التقنين الفرنسى ، من حيث تدارك ما اعتور أحكام هذا التقنين من نقص فى بيان من لهم حق الرقابة ، إلا أنها فى صياغة هذه الفكرة قد بالغت فى الإيجاز والاقتضاب . وقد عمد المشروع إلى تحليل الالتزام بالرقابة ، فبين علته ومصدره . فقد يحتاج الإنسان إلى الرقابة إما بسبب قصره ، وإما بسبب حالته العقلية أو الجسمية . ولهذا يشرف الأب أو من يقوم مقامه على ابنه القاصر ما بقى الابن محتاجاً إلى الرقابة . ويقدر القاضى تبعاً للظروف ما إذا كانت حاجة القاصر إلى هذه الرقابة لا تزال قائمة . وكذلك يقوم مباشر العمل على رقابة صبيانه ، والمعلم على رقابة تلاميذه ، والرقيب أو الممرض على رقابة من نيطت به رقابتهم من المجانين أو المرضى ، ما بقى هؤلاء الأشخاص جميعاً فى حاجة إلى تلك الرقابة بسبب حالتهم العقلية أو الجسمانية . أما فيما يتعلق بمصدر الالتزام بالرقابة فهو فى الأصل نص القانون ، فأحكام قانون الأحوال الشخصية هى التى تلقى عبء الرقابة على الأب أو الأم أو الوصى على حسب الأحوال . وقد يفرض الالتزام بالرقابة بمقتضى اتفاق خاص ، كما هو الشأن فى الحارس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٦ — ص ٤٠٧) .

(٢) وقد قضت محكمة القاهرة الجزئية المختلطة بأن رئيس الحزب السياسى لا يعتبر مسئولا لا عن الأعمال الجماعية لحزبه ولا عن الأعمال الفردية لأعضاء الحزب (١٥ يونيه سنة ١٩١٠ جازيت ١ ص ١٥٩) .

فخصص لها الفقرة الثانية من المادة ١٧٣ إذ يقول : « ويعتبر القاصر فى حاجة إلى الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر إلى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة مادام تحت إشراف المعلم أو المشرف وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر إلى زوجها أو إلى من يتولى الرقابة على الزوج » .

فالقاصر إلى سن الخامسة عشرة ـ وهى سن بلوغ الحلم فى الشريعة الإسلامية ـ يعتبر فى حاجة إلى الرقابة إطلاقاً . ويكون عادة حتى بلوغ هذه السن فى كنف من يقوم بتربيته والذين يقومون بتربيته هم أولا الأب إذا وجد ، فهو الولى الشرعى على النفس ، وهو المكلف قانوناً بالرقابة على ولده . فإذا لم يوجد الأب تولى الرقابة القائم على تربية الولد . ويكون عادة ولى النفس من جد أو عم أو غيرهما . وقد تنتقل تربية الولد ، ولو بطريق الاتفاق الضمنى ، من ولى النفس إلى الأم . وذلك كله إلى سن الخامسة عشرة . فإن بلغها الولد ، وتحرر فوق ذلك من قيود التربية ، ولم يعد يعيش فى كنف أحد ، وأصبح يكسب عيشه بنفسه ، فلا يكون أحد مسئولا عنه . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون . أما إذا بقى يعيش فى كنف من يقوم على تربيته بعد بلوغه الخامسة عشرة — وعبء الإثبات هنا على مدعى المسئولية — فالقائم على تربيته هو متولى الرقابة عليه ، قانوناً إن كان ولى النفس واتفاقاً إن كان غيره ، ويبقى مسئولا عنه إلى أن يبلغ الولد سن الرشد ، أو إلى أن ينفصل فى معيشه مستقلة فلا يعود يعيش فى كنف أحد ويتحرر من قيود الرقابة . والاستقلال فى المعيشة هنا لا يعنى حتما الاستقلال فى المسكن ، فقد يكون الولد مقيما مع أبيه فى مسكن واحد ولكنه مستقل عنه فى المعيشة وليس للأب إشراف على تربيته فلا يكون مسئولا عنه ، وقد لا يكون الولد مقيما مع أبيه فى مسكن واحد ولكن الأب يبقى مشرفاً على تربيته فيكون مسئولا[1] .

---

(١) وكان التقنين المدنى القديم ، كما رأينا ، غير صريح فى بيان الأحوال والشروط التى يعتبر فيها الأب متولياً الرقابة على ابنه . ومن ثم اضطربت أحكام القضاء فى ذلك .

فهناك من الأحكام ماساير التقنين المدنى الفرنسى (م١٣٨٤) . فجعل الأب متولياً الرقابة على ابنه ما دام الأبن قاصراً لم يبلغ سن الرشد وكان مقيماً مع أبيه . من ذلك ما قضت به محكمة استئناف مصر الوطنية =

= من أن الأب يبقى مسئولا مدنياً عن الأضرار التى تحصل من ابنه إلى حين بلوغه سن الرشد ، ولا يشترط لتحقيق هذه المسئولية إلا إقامة القاصر مع أبيه (٣١ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٤٩٤ ص ٩٩٠ — انظر أيضاً : استئناف مصر الوطنية فى ٧ مارس سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ١٧٨ / ٢ ص ٣٥١)
— وقضت كذلك بأن رعاية الأب تقوم على ابنه بتحقق أمرين أساسيين : أولهما إذا كان الابن منضما مع والده ، والثانى إذا كان قاصراً عن درجة البلوغ (استئناف مصر الوطنية فى ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥) . وقضت محكمة أسيوط الكلية بأنه لما كان منشأ مسئولية الآباء عن أعمال أبنائهم سلطة الآباء سالفة الذكر ، فتكون هذه المسئولية ملازمة لهذه السلطة ، فتزول بزوالها ، وتقوم بوجودها . ولهذا قيد الشارع الفرنسى هذه المسئولية فى المادة ١٣٨٤ بقيدين ، الأول ، إقامة الوالد مع ابنه وثانيهما كون الابن قاصراً . فإذا كان الولد رشيداً يدير أمور نفسه ، أو كان الولد غير مقيم مع والده كأن ألحق بالجيش قبل بلوغه سن الرشد ، أو كان والده غائباً عنه غيبة منقطعة ، فلا سلطة للأب فى هذه الأحوال ، وبالتالى فلا مسئولية (٨ نوفبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢٢ / ٢ ص ٤٢٥) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بألا مسئولية على الأب عن أعمال ابنه الذى بلغ سن الرشد (استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣) .

وهناك أحكام ربطت تولى الأب الرقابة على ابنه بسن الولاية على النفس وهى خمس عشرة سنة . من ذلك ماقضت به محكمة النقض من أن المادة ١٥١ من التقنين المدنى (القديم) إذ نصت فى الفقرة الثانية على مساءلة الإنسان عن تعويض الضرر الناشىء للغير « عن إهمال من هم تحت رعايته » ... قد دلت بوضوح على أن هذه المسئولية التى قررتها استثناء وخروجاً على الأصل إنما تقوم على ما للمسئول من سلطة على من باشر ارتكاب الفعل الضار وما تقتضيه هذه السلطة من وجوب تعهده بالحفظ والمراقبة لمنع الضرر عنه ومنعه من الإضرار بالغير . وإذا كانت السن إحدى موجبات الحفظ ، فأتى المسئولية من ناحيتها هو كون سن من باشر ارتكاب الفعل الضار يقتضى وضعه تحت حفظ غيره ، ولا اعتبار هنا للسن المحددة فى القانون للولاية على المال ، فإن الحفظ (garde) الذى هو أساس المسئولية بمعناه لغة وقانوناً متعلق مباشرة بشخص الموضوع تحت الحفظ ، إذ قد يكون الإنسان قاصراً فيما يختص بماله ، ومع ذلك لا ولاية لأحد على نفسه ، ولا سلطة فيما يختص بشخصه . وإذن فى دعوى التعويض المرفوعة على مقتضى المادة المذكورة لا يكون تعرف من وقع منه الضرر إلا لمعرفة هل هذه السن توجب وضعه تحت حفظ من رفعت عليه الدعوى أم لا . فالحكم إذا أسس قضاءه برفض دعوى التعويض المرفوعة على والد المتهم على ما تبينته المحكمة من أن المتهم قد تجاوزت سنه الحد الذى تنتهى به ولاية أبيه على نفسه ، يكون قد أصاب ولم يخطىء (نقض جنائى فى ٤ يناير سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ١٠٠ ص ٣٢٦) . وقضت فى حكم آخر بأن الحكم المطعون فيه إذ اعتبر الوالد مسئولا عن عمل ابنه بعد أن كان قد تجاوز الخامسة عشرة من عمره ، وكانت سنه وقت الحادثة أكثر من تسع عشرة سنة ، وإذ قال إن الابن يبقى فى حفظ أبيه حتى يبلغ إحدى وعشرين سنة ، يكون قد أخطأ ، لأن حق الحفظ بالنسبة للصغير مرتبط بالولاية على النفس ، وينتهى بانتهائها ، ولا شأن له بالمال ولا بسن الولاية على المال (نقض جنائى فى ٣ مايو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ ص ٣٢٦ فى الهامش ، القضية رقم ٧٥٨ سنة ٦٣ قضائية — وانظر أيضاً : نقض جنائى فى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عاصم ٢ — ٢٧ — ٢١ وانظر تعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٥ — ص ١٦١ . وتعليقاً له آخر فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩ =

ونرى من ذلك أن القاصر إلى سن الخامسة عشرة يجب أن يكون فى رقابة أحد هو المسئول عنه ، ويكون الأب ، فإن لم يوجد فولى النفس ، إلا إذا انتقلت الرقابة اتفاقاً إلى الأم[1] أو إلى غيرها . وبعد أن يبلغ الولد الخامسة عشرة ، فإن ظل يعيش فى كنف من يقوم على تربيته بقى هذا مسئولا عنه ، إلى أن ينفصل الولد فى معيشة مستقلة أو إلى أن يبلغ سن الرشد .

والولد وهو فى كنف القائم على تربيته يكون فى مرحلة التعليم . فإن ذهب إلى المدرسة انتقلت الرقابة عليه — وقت وجوده بالمدرسة فقط — إلى معلم الفصل ما دام فيه أو إلى رئيس

= المدين الأول والثانى) وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن الولد لايكون تحت رعاية الأب متى تجاوز الخامسة عشرة من عمره أخذاً برأى الصاحبين فى الولاية على النفس ، ويكون مسئولا وحده عن كل أعماله المتعلقة بنفسه والتى لا علاقة لها بأمواله ، فيسأل عن عدم احتياطه وإهماله ، كما أنه ابتداء من هذه السن أيضاً مسئول عن جرائمه كما تقضى بذلك المادة ٦٦ عقوبات . وعلى ذلك كان من الخطأ القول بمسئولية الأب حتى بلوغ الابن سن الرشد القانونى ، أى سن الحادية والعشرين (١١ يولية سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢١٩/٢ ص ٤٢٠ — أنظر أيضاً : محكمة السيدة زينب فى ١٤ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٦/٢ ص ٥٩ — محكمة دكرنس فى ٢٦ يونية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٤ ص ١٠٨) .

وهناك حكم أخذ بما استقر عليه التقنين المدنى الجديد ، إذ قضت محكمة الطارين بأن مسئولية الأب عن ابنه لاتفترض بعد بلوغ الابن سن الواحدة والعشرين وإنما يحتفظ القاضى بحرية التقدير فيما بين الخامسة عشرة والواحدة والعشرين (٢٥ يوليه سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٥ رقم ١٣٧/٢ ص ٢٩٩) . ويقرب من هذا حكم محكمة الاستئناف الوطنية المنشور فى صلب حكم محكمة النقض الجنائية فى ١٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عاصم للنقض الجنائى ٢ — ٢٧ — ٢١ .

ويرى الدكتور سليمان مرقس أن التقنين المدنى القديم لم يكن يحدد سناً معينة تقف عندها مسئولية الأب المفترضة عن ابنه ، وقد تقوم هذه المسئولية حتى بعد بلوغ الابن سن الرشد متى كان باقياً تحت رعاية أبيه وفى كنفه (انظر تعليقه المشار إليه فى مجلة القانون والاقتصاد ١٦ ص ١٤٨ — ص ١٤٩ . وانظر تعليقاً آخر له فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٨ — ص ٣٤٤) .

(١) وقد يكون للأم الرقابة على ولدها إذا كان لا يزال فى سن الحضانة ، فمتى انتهت هذه السن بقيت الرقابة للأب وحده . وقد قضت محكمة بور سعيد الجزئية المختلطة بأن الأب دون الأم هو المسئول عن أفعال ولده عند ما يبلغ سن التمييز (سبع سنوات) ، لأن الأب هو وحده الذى يتولى الرقابة على ولده منذ أن يبلغ هذه السن (١٥ يونيه سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩١ ص ١٧٧) .

وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأن أم القاصر مسئولة عنه ولو لم تكن هى الوصية عليه (٧ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١١٩/٢ ص ٣٣٢) .

المدرسة ما دام فى المدرسة(١). وإذا كانت المدرسة من مدارس الدولة ، كانت الدولة مسئولة عن المعلم أو الرئيس مسئولية المتبوع عن التابع(٢). وإن أخذ الولد يتعلم حرفة ،

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بألا خطأ إذا نفى الحكم تقصير الوالد فى ملاحظة ابنه بناء على أن الحادثة التى وقعت من هذا الابن قد حصلت أثناء وجوده فى المدرسة بمنأى عن والده الذى يقيم فى بلد آخر وفى رعاية غيره من القائمين بشؤون المدرسة (نقض مدنى فى ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسئولية الوالد عن أفعال ابنه المضرة بالغير ترتفع عنه متى كان ابنه بعيداً عن رقابته ، مشمولا برعاية المدرسة التى تتولى أمر تعليمه ، فالاعتداء الذى يقع من ابنه أثناء وجوده بالمدرسة بسبب عدم المراقبة والملاحظة لا يجعل الوالد مسئولا بطريق التضامن مع إدارة المدرسة لأنها هى المسئولة عن تلاميذها من وقت دخولهم المدرسة إلى وقت انصرافهم (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩) ولا يكون الأب مسئولا ما دام ابنه بعيداً عن رقابته مشمولا برعاية المدرسة ، حتى لو كان الاعتداء الصادر من الابن قد وقع على المعلم نفسه الذى انتقلت إليه الرقابة .

ومع ذلك قد تتحقق مسئولية الأب عن خطأ يرتكبه الابن وهو فى المدرسة ، إذا كان خطأ الابن مسبوقاً بخطأ ثابت فى جانب الأب . وقد قضت محكمة السين الفرنسية بأنه ولو أن الابن القاصر يقيم بعيداً عن والده بمدرسة بقسمها الداخلى ، إلا أن مسئولية الأب تتحقق إذا ثبت أن العمل الذى ارتكبه الابن كان مسبوقاً بخطأ ارتكبه الأب نتيجة سوء تربيته ، كما لو عود ابنه على استعمال الأسلحة النارية ، واشترى له مسدساً ، وسمح له بحمله داخل المدرسة ، وتقوم مسئولية الأب بجانب مسئولية مدير المدرسة التى ترتبت على عدم رقابة حمل هذا السلاح واستعماله (١٥ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٦٧ ص ١٠٩) .

(٢) أنظر فى مسئولية المدرسين المفترضة ومسئولية الدولة التى تحل محلها فى القانون الفرنسى ، ثم فى قانون ٥ أبريل سنة ١٩٣٧ الذى جعل مسئولية المدرس فى فرنسا تقوم على خطأ واجب الإثبات لا على خطأ مفترض ، مع حلول الدولة محل مدرسيها فى المسئولية فى بعض الحالات ، إلى مازو ١ فقرة ٧٨٤ — فقرة ٨٥١ — ٥١ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن نص المادة الأولى من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٤٨ — بشأن تنظيم المدارس الحرة — المعدل بالقانون رقم ٤٦٩ لسنة ١٩٥٣ والمنطبق على واقعة الدعوى — على أن تكون المدارس الحرة خاضعة لرقابة وزارة المعارف العمومية وتفتيشها فى الحدود الواردة بهذا القانون ، مما تتحقق به علاقة التبعية طبقاً للمادة ١٧٤ من القانون المدنى ، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة الأولى من القانون رقم ٥٨٣ لسنة ١٩٥٥ الذى صدر بعد ذلك — فى شأن تنظيم المدارس الحرة وكذلك المادة الأولى من القانون رقم ١٦٠ لسنة ١٩٥٨ — فى شأن تنظيم المدارس الخاصة — فتكون وزارة التربية والتعليم مسئولة عن الضرر الذى يحدث نتيجة خطأ تابعيها بإحدى هذه المدارس . ولما كان وقوع الضرر ممن تشمله الرقابة قرينة على تقصير متولى الرقابة ، وإلى هذا يشير الشارع فى مذكرته الإيضاحية عن المادة ٢٤١ المقابلة للمادة ١٧٣ من القانون المدنى الجديد من أن مسئولية المكلف بالرقابة هى مسئولية =

انتقلت الرقابة عليه إلى من يشرف على تعليمه الحرفة مدة وجوده تحت إشرافه . ولا ضرورة لوجود عقد صريح بالتمرين على الحرفة ، فالتمرين الفعلى يستخلص منه عقد ضمنى ، وهذه مسألة واقع يترك تقديرها لقاضى الموضوع . ومتى فرغ الولد فى يومه من المدرسة أو من تعلم الحرفة ، عادت الرقابة عليه إلى القائم على تربيته وكان هذا هو المسئول عنه[1] . ونرى من ذلك أن الولد ما دام فى مرحلة التربية يكون دائماً تحت الرقابة ، وتنتقل الرقابة عليه من شخص إلى آخر بحسب الأحوال على النحو الذى قدمناه .

وقد يكون القاصر بنتاً تتزوج قبل بلوغها سن الرشد ، فتنتقل الرقابة عليها ممن كان قائماً على تربيتها إلى زوجها ، وهو الذى يكون مسئولا عنها ما دامت قاصراً . فإذا كان الزوج نفسه تقوم عليه الرقابة ، لقصره أو لأى سبب آخر ، فإن متولى الرقابة على الزوج يتولى الرقابة أيضاً على الزوجة ؛ ويكون مسئولا عن كل منهما . فاذا ما بلغ الزوج سن الرشد ، ولم تبلغها الزوجة ، صار الزوج هو المتولى الرقابة على زوجته .

(٢) البالغ سن الرشد : فإذا بلغ الولد سن الرشد تحرر من الرقابة ، حتى لو كان لا يزال فى دور التعليم ، وحتى لو بقى يعيش فى كنف ذويه . ولا يكون أحد مسئولا عنه ، لا فى البيت ولا فى المدرسة ولا فى الحرفة . ذلك إنه ببلوغه سن الرشد أصبح فى غير حاجة إلى الرقابة ، والتزام الرقابة إنما يقوم بقيام الحاجة إليه . وكذلك تتحرر الزوجة من رقابة زوجها ، أو رقابة متولى الرقابة على زوجها ، متى بلغت سن الرشد ، إذ تصبح فى غير حاجة إلى الرقابة كما قدمنا .

= أصلية أساسها خطأ مفترض ولا تنتفى المسئولية إلا إذا أثبت متولى الرقابة أنه قام بما عليه من واجب الرقابة أو أن الحادث ما كان يمكن تلافيه مهما كانت شدة الرقابة ، فليس لوزارة التربية أو لناظر المدرسة — التى أصيب فيها الطالب بفقد إحدى عينيه — التمسك بأن الحادثة كانت نتيجة ظرف فجائى للخلاص من المسئولية ما دام أن القيام بواجب الرقابة المفروضة عليه لم يقم عليه دليل من الحكم الذى أثبت أن الحادث وقع فى فترة تغيير الحصص وأنه لم يكن بالفصل أحد لمراقبة الطلبة فى ذلك الوقت :

نقض جنائى فى ١٩٥٩/٤/٢٨ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١٠ رقم ١١١ ص ٥٠٦] .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الوالد مسئول عن ولده القاصر ، ولو كان هذا الولد تلميذاً ، ما دام قد ارتكب العمل خارج المدرسة وفى وقت لم يكن فيه تحت ملاحظة معلميه (٢٩ مايو سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ٢٢١ ص ٦١١ — الحقوق ٣٢ ص ٢) .

ومع ذلك قد تدعو الحاجة إلى الرقابة على من بلغ سن الرشد ، رجلا كان أو امرأة . فلو أصيب البالغ سن الرشد بجنون أو بعته او كان ذا غفلة ، قامت الرقابة عليه لتجدد الحاجة إليها نظراً لحالته العقلية . ويتولى الرقابة فى هذه الحالة ولى النفس ، أو الزوج ، أو الزوجة (إذا كان الزوج هو الموضوع تحت الرقابة) ، أو من تنتقل الرقابة إليه اتفاقاً كمدير المستشفى أو الطبيب أو الممرض أو من يقوم بالرقابة من الأقرباء أو غير الأقرباء[1] .

كذلك لو أصيب البالغ سن الرشد بمرض أعجزه ، وجعله فى حاجة إلى الرقابة نظراً لحالته الجسيمة ، كأن كف بصره أو صار معقداً أو أصيب بالشلل ، تولى الرقابة عليه اتفاقاً من يتولى الإشراف على شؤونه الشخصية ، من زوج أو زوجة أو قريب أو مدير مستشفى أو طبيب أو ممرض أو نحو ذلك . ويكون هذا مسئولا عنه ما بقى فى رقابته .

§ ٢ — صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة

٦٦٨ — *العمل غير المشروع يقع ممن هو تحت الرقابة ولا يقع عليه* : فإذا قام الالتزام بالرقابة وتحدد طرفاه — متولى الرقابة والخاضع للرقابة — وجب لتحقيق مسئولية متولى الرقابة أن يصدر عمل غير مشروع من الشخص الخاضع للرقابة : الولد أو التلميذ أو صبى الحرفة أو المجنون أو الأعمى أو نحو ذلك .

والعمل غير المشروع يجب أن يقع من الشخص الخاضع للرقابة ، لا أن يقع عليه . أما إذا وقع عليه فليست هناك مسئولية مفترضة . مثل ذلك أن يصيب أجنبى تلميذاً بالأذى

---

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا ارتكب المجنون جرماً كان والده مؤاخذاً مدنياً عن عمله (١٩ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤١ ص ٧٥) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الزوج يسأل عن زوجته وهى تسوق السيارة وهو إلى جانبها ، وكان يستطيع أن يحد من سرعتها (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١٣٧ — هذا ويجوز أن تكون مسئولية الزوج هى مسئولية المتبوع عن تابعه ، وبخاصة إذا لم تكن الزوجة قاصراً) .

فى وقت يكون فيه التلميذ فى رقابة رئيس المدرسة ، فلا يكون هذا الرئيس مسئولا عن خطأ الأجنبى إلا فى حدود القواعد العامة للمسئولية ، فيجب إذن إثبات خطأ فى جانب الرئيس حتى يكون مسئولا . كذلك لا يكون الرئيس مسئولا إلا على أساس خطأ يجب إثباته فى جانبه إذا كان التلميذ قد ألحق الأذى بنفسه ، لأن العمل غير المشروع فى هذه الحالة إذا كان قد أحدث ضرراً فقد وقع هذا الضرر على التلميذ لا منه[1] .

فالواجب إذن البدء بإثبات خطأ فى جانب الشخص الخاضع للرقابة طبقاً للقواعد العامة ، حتى تتحقق مسئولية هذا الشخص . وقد تتحقق مسئوليته فى بعض الحالات عن طريق افتراض خطأ فى جانبه ، كما لو كان يسوق سيارة فدهس أحد العابرة ، فهو مسئول عن خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ومتولى الرقابة عليه مسئول عنه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس . فإذا ما تحققت مسئولية الخاضع للرقابة على

---

(١) هذا ما لم يعتبر رئيس المدرسة مسئولا عن سلامة التلاميذ مسئولية عقدية ، فيكون مسئولا عما يلحقه التلميذ من الأذى بنفسه إلا إذا أثبت السبب الأجنبى . ويعتبر رئيس المدرسة مسئولا عن سلامة التلاميذ بوجه خاص فى أثناء الرحلات المدرسية .

وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية (٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٩٣ ص ١١٦٦) بأن إدارة المدرسة التى ترتب أمر رحلة تلاميذ مدرستها الابتدائية تلتزم قبل أهليهم برعايتهم ، وعلى ذلك فهى ضامنة سلامتهم وردهم إليهم ، وتكون مسئولة عن كل ما يصيبهم فى هذه الرحلة مسئولية عقدية تترتب عليها بمجرد إصابتهم ، وعليها هى يقع عبء إثبات عذرها ، بأن تثبت أن مندوبيها فى الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى ، وأن تقصيراً لم يقع منهم ، وأن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ويلاحظ فى شأن هذا الحكم أن المحكمة عندما طالبت إدارة المدرسة بنفى المسئولية لم تكن واضحة فى تعيين الأمر الذى يطلب من الإدارة إثباته . فقد ذكرت أن الإدارة تثبت أن مندوبيها فى الرحلة قاموا بواجب الملاحظة المفروض عليهم على وجه مرضى وأن تقصيراً لم يقع منهم . وهذا لا يكفى ، فالمسئولية عقدية ولا تنتفى إلا بإثبات السبب الأجنبى ، لا بمجرد نفى الخطأ ، والذى ينتفى بمجرد نفى الخطأ هو المسئولية عن الضرر الذى يقع من التلميذ لا الضرر الذى يقع عليه . ولكن المحكمة ذكرت بعد ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت أن أية مراقبة مهما بلغت درجتها من الشدة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث للتلميذ . ومعنى ذلك أن إدارة المدرسة يجب عليها أن تثبت القوة القاهرة ، والقوة القاهرة سبب أجنبى تنتفى به المسئولية العقدية . ويمكن تخريج حكم المحكمة على هذا الوجه ، لولا التضارب الذى ورد فى عباراتها (انظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٦) .

أساس خطأ ثابت أو على أساس خطأ مفترض ، قامت إلى جانبها مسئولية متولى الرقابة . ونرى من ذلك أن المسئولية الثانية لا تجب المسئولية الأولى ، ولكن تقوم إلى جانبها .

٦٦٩ — *حالة ما إذا كان الخاضع للرقابة غير مميز* : وقد يكون الخاضع للرقابة غير مميز — صبياً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً — فكيف يمكن إثبات وقوع عمل غير مشروع منه وهو لا يجوز فى حقه الخطأ لانعدام التمييز فيه ؟ نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٣ صريح فى هذه المسألة إذ يقول : « ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز » . والخطأ الذى وقع هنا من غير المميز وهو خطأ قام ركنه المادى أى ركن التعدى ، دون ركنه المعنوى أى ركن التمييز . ولذلك وصفه النص « بالعمل الضار » دون العمل غير المشروع أو الخطأ .

ولذلك يلفت النظر فى مسئولية متولى الرقابة عن أعمال غير المميز أنها ، خلافاً للمسئولية عن أعمال المميز ، مسئولية أصلية لا تبعية . ذلك أن مسئولية متولى الرقابة عن أعمال المميز هى مسئولية تبعية ، تقوم بقيام مسئولية الشخص الموضوع تحت الرقابة . أما إذا كان هذا غير مميز ، فلا يمكن القول فى هذه الحالة إن مسئوليته قد تحققت فتتحقق تبعاً لها مسئولية متولى الرقابة . بل الواجب أن يقال إن مسئولية متولى الرقابة هنا هى مسئولية أصلية قامت مستقلة ، وأساسها خطأ مفترض فى جانب المسئول . ولا تستند هذه المسئولية إلى مسئولية غير المميز ، فإن هذا كما رأينا لا يكون مسئولا إلا مسئولية موضوعية مخففة عند تعذر الرجوع على متولى الرقابة (م ١٦٤ فقرة ٢)[1] .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وينص المشروع على أن مسئولية الشخص عما يقع ممن نيطت به رقابتهم تظل قائمة ، ولو كان محدث الضرر غير مميز . وهو بذلك يقرر الحكم المتبع فى ظل التقنين الحالى . بيد أنه رؤى من الأنسب أن ينص صراحة على هذا الحكم ، إذ قد يكون فى عدم تمييز الفاعل الأصلى ، وارتفاع مسئوليته تفريعاً على ذلك ، مدخل للشك عند التطبيق ، باعتبار أن المسئولية التبعية لا تقوم إلا مستندة إلى مسئولية أصلية . ولكن الواقع أن مسئولية المكلف بالرقابة فى هذه الحالة ليست من قبيل المسئوليات التبعية ، بل هى مسئولية أصلية أساسها خطأ مفترض ، وهى بهذه المثابة مسئولية شخصية أو ذاتية . أما غير المميز فهو الذى تقع على عاتقه =

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه مسئولية متولى الرقابة

٦٧٠ — مسائل أربع : متى تحققت مسئولية الرقابة على النحو الذى قدمناه ، قامت مسئوليته على أساس خطأ مفترض(١) . والافتراض هنا قابل لإثبات العكس . فيستطيع متولى الرقابة أن يرفع المسئولية عنه بنفى الخطأ . ويستطيع كذلك رفع المسئولية بنفى علاقة السببية ، بأن يثبت السبب الأجنبى . فإذا لم ينف علاقة السببية ولم ينف الخطأ تحققت مسئوليته ، ولكن هذه المسئولية كما رأينا لا تَجُبُّ مسئولية الشخص الخاضع للرقابة وهو الذى صدر منه العمل غير المشروع .

فعلينا إذن أن نعالج مسائل أربعاً : (١) ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة

= مسئولية مادية أو موضوعية يتحقق فيها معنى التبعية عند تعذر رجوع المصاب بالتعويض على المكلف بالرقابة ، وهو مسئول بطريق الإصالة مسئولية ذاتية أو شخصية » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٧) .

وقد رأينا فيما قدمناه أن متولى الرقابة لا يكون مسئولا عن عمل غير المميز إلا إذا كان هذا العمل قد استوفى الركن المادى للخطأ وهو التعدى ، دون الركن المعنوى وهو التمييز ، فالعمل المشروع الذى يصدر من عديم التمييز لا يوجب مساءلة متولى الرقابة ، لأن هذا العمل ليس بتعد . وإنما تقوم مسئولية متولى الرقابة إذا كان العمل الصادر من عديم التمييز يعتبر خطأ لو أنه كان صادراً من شخص مميز ، وعلى هذا الوجه يستوفى العمل الصادر من عديم التمييز الركن المادى للخطأ دون الركن المعنوى (انظر فى هذا المعنى تعليقاً للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ٣٣٧ — ص ٣٣٨) .

(١) ومع ذلك فقد كان التقنين المدنى القديم أقل وضوحاً فى إقامة المسئولية على خطأ مفترض . من ثم قضت بعض الأحكام فى عهد هذا القانون بأن مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ ثابت لا على خطأ مفترض . من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه لا يوجد خطأ مفترض فى جانب متولى الرقابة ، بل يجب إثبات خطأ الأب إذا كان ابنه القاصر قد اختلس رخصة قيادته (٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١ — وانظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦ — وفى ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٤٨) . فإذا ترك الأب السيارة لابنه الصغير بالرغم من أن هذا لا يتقن فن قيادة السيارات ، ارتكب الأب خطأ ثابتاً لا خطأ مفترضاً (استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٦٣) .

أما التقنين المدنى الجديد فهو قاطع فى التصريح بأن مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ مفترض .

(٢) كيف ينفى هذا الخطأ المفترض (٣) كيف ينفى علاقة السببية (٤) أثر قيام المسئوليتين فى وقت واحد : مسئولية متولى الرقابة ومسئولية الخاضع للرقابة .

٦٧١ — ما هو الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة : الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو الإخلال بما عليه من واجب الرقابة . فالمفترض إذن هو عدم قيام متولى الرقابة بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . فإذا ارتكب القاصر مثلا عملا غير مشروع ، افترضنا أن من يتولى الرقابة عليه قد قصر فى رقابته ، فمكنه بهذا التقصير من ارتكاب هذا العمل . ويتسع افتراض الخطأ لمدى أبعد ، فيفترض أيضاً أن متولى الرقابة قد أساء تربية الشخص المعهود إليه رقابته ، فهيأ له بسوء التربية سبيل العمل غير المشروع[1] .

ونرى من ذلك أن القاصر مثلا إذا ارتكب عملا غير مشروع ، وكان من يتولى الرقابة عليه ويقوم على تربيته هو أبوه ، فالمفروض أن الأب إما أن يكون قد قصر فى رقابة ولده ، أو أنه أساء تربيته ، أو أنه ارتكب الخطأين معاً : قصر فى الرقابة وأساء التربية .

ويلاحظ أن افتراض هذا الخطأ لا يقوم إلا فى العلاقة ما بين متولى الرقابة والمضرور ، فهو افتراض قرره القانون لصالح المضرور تجاه متولى الرقابة ، ولا يجوز أن يقوم ضد الشخص الخاضع للرقابة . ومن ثم لا يجوز لا للمضرور ولا لمتولى الرقابة أن يحتج به قبل الشخص الخاضع للرقابة ، بل يجب للرجوع على هذا إثبات خطأ فى جانبه[2] .

ويلاحظ أيضاً أنه لا مانع من اجتماع هذه المسئولية القائمة على خطأ مفترض والمسئولية القائمة على خطأ واجب الإثبات . فيجوز للمضرور ألا يعتمد على الخطأ المفترض فى جانب

---

(١) انظر فى هذا المعنى مازو ١ فقرة ٧٦٧ . ويتبين من ذلك أن مسئولية متولى الرقابة تقوم على خطأ شخصى فى جانبه ، فهى ليست مسئولية عن الغير كمسئولية المتبوع عن التابع ، بل هى مسئولية ذاتية قامت على خطأ شخصى افترضنا أن متولى الرقابة قد ارتكبه فعلا .

(٢) وهذا ما لم يقم فى جانب الشخص الخاضع للرقابة خطأ مفترض من نوع آخر ، كما لو كان يسوق السيارة فدهس أحد العابرة ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

متولى الرقابة ، ويتقدم هو لإثبات خطأ فى جانبه ، فيمنعه بذلك من نفى الخطأ المفترض .

كذلك لا مانع من اجتماع هذه المسئولية ومسئولية المتبوع عن التابع . فإذا عمل قاصر فى خدمة شخص وارتكب خطأ أضر بالغير ، قام إلى جانب مسئوليته القائمة على خطأ ثابت مسئوليتان أخريان الخطأ فى كل منهما مفترض : مسئولية والد القاصر وتقوم على خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس كما رأينا ، ومسئولية المخدوم الذى يعمل القاصر فى خدمته وتقوم فى بعض الآراء على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس كما سنرى . ويجوز للمضرور أن يرجع على كل من متولى الرقابة والمخدوم بكل التعويض ، ومن دفع منهما التعويض رجع بنصفه على الآخر . وهذا كله دون إخلال برجوع كل منهما على القاصر بما دفعه للمضرور .

٦٧٢ — *كيف ينفى متولى الرقابة الخطأ المفترض* : رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ تنص على ما يأتى : « ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة » . فالخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو إذن خطأ مفترض افتراضاً قابلا لإثبات العكس . ويستطيع متولى الرقابة — وهو الذى يحمل عبء الإثبات ما دام الخطأ مفترضاً فى جانبه — أن ينفى هذا الخطأ عنه بأن يثبت أنه قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية ، وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة ليمنع من نيطت به رقابته من الإضرار بالغير . فإن فعل ذلك ، انتفى الخطأ المفترض فى جانبه ، وارتفعت عنه المسئولية[1] .

على أن القيام بواجب الرقابة يشمل كما رأينا إحسان التربية ، وبخاصة إذا كان متولى الرقابة أباً أو أماً .. وينبنى على ذلك أنه لا يكفى أن يثبت الأب أنه قام بواجب الرقابة

---

(١) ومما يتنافى مع اتخاذ الاحتياطات المعقولة أن يغيب الأبوان ويتركا ولدهما وحيداً ، أو أن يرخصا له فى أن يمارس ألعاباً خطرة ، أو أن يتركاه يقود دراجة أو سيارة من قبل أن يتقن القيادة (انظر مازو ١ فقرة ٧٧٤ — فقرة ٧٧٧) .

باتخاذ الاحتياطات المعقولة ، فلا يزال افتراض أنه أساء تربية ولده قائماً فى جانبه ، ولا يلزم المضرور أن يثبت أن الأب أساء التربية ، بل الأب هو الذى يثبت أنه لم يسىء تربية ولده[1] . وجملة القول أن متولى الرقابة عليه أن يثبت أنه لم يرتكب تقصيراً فى الرقابة فى خصوص الخطأ الذى صدر ممن هو فى رقابته ، وأنه بوجه عام لم يسىء تربيته[2] .

٧٦٣ — كيف ينفى متولى الرقابة علاقة السببية : وليس الخطأ فى جانب متولى الرقابة هو وحده المفترض ، بل تفترض معه أيضاً علاقة السببية ما بين هذا الخطأ المفترض وبين العمل غير المشروع الذى صدر ممن هو تحت الرقابة . ذلك أنه إذا لم تفترض علاقة السببية تبعاً لافتراض الخطأ ، لكان افتراض الخطأ عبثاً لا يجدى . فإن المضرور إذا أعفى من إثبات الخطأ فى جانب متولى الرقابة ، ثم طولب بإثبات علاقة السببية ما بين هذا الخطأ والعمل غير المشروع الذى وقع ممن قامت عليه الرقابة ، لاضطر وهو فى صدد إثبات

---

(١) وقد قضت محكمة أسيوط الكلية فى هذا المعنى بأن المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى أباحت للآباء درء المسئولية عن أعمال أبنائهم إذا أقاموا الدليل على أنه ما كان فى استطاعتهم منع الحادث الذى سبب الضرر . ومن المتفق عليه فى ذلك أنه مع هذه الإباحة فإن مسئولية الآباء تظل قائمة إذا حصل منهم خطأ سابق للحادثة ولولاه لما وقعت ، كسوء التربية والتغاضى عن هفوات الأبناء وإظهار جانب اللين لهم . وأن نص المادة ١٥١ من القانون المدنى المصرى (القديم) لم تذكر شيئاً عن هذه الإباحة ، ولهذا يجب الرجوع لنص المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى التى ذكرت تفصيلا شروط مسئولية الآباء عن أفعال أبنائهم . على أنه ما دام أن مبنى المسئولية هو واجب التربية والمراقبة ، فلا محل لمسئوليتهم متى تبين أنهم قاموا بأداء هذين الواجبين على الوجه الأكمل (٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٢٢/٢ ص ٤٢٥) .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن مقتضى نص المادة ١٧٣ مدنى يجعل الوالد مسئولا عن رقابة ولده الذى لم يبلغ خمس عشرة سنة أو بلغها ، وكان فى كنف والده ويقيم من ذلك مسئولية مفترضة فى حق من وجبت عليه الرقابة تبقى إلى أن يبلغ الولد سن الرشد مالم يقم به حاجة تدعو إلى استمرار الرقابة عليه ، أو إلى أن ينفصل فى معيشة مستقلة وهى بالنسبة للوالد تقوم على قرينة الإخلال بواجب الرقابة وعلى افتراض أنه أساء تربية ولده أو على الأمرين معاً ، على أن هذه المسئولية المفترضة يمكن إثبات عكسها وعبء ذلك يقع على كاهل المسئول الذى يجب لكى يتخلص من مسئوليته طبقاً للفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ من القانون المدنى أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة أو يثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية : نقض جنائى فى ١٤/٥/١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ٧ رقم ٢٠٢ ص ٧١٨] .

علاقة السببية أن يثبت الخطأ أيضاً ، إذ تقضى طبيعة الأشياء أن من يثبت العلاقة ما بين أمرين يثبت فى الوقت ذاته الأمرين اللذين تقوم العلاقة بينهما . فنكون قد بدأنا بإعفاء المضرور من إثبات الخطأ ، ثم طالبناه بعد ذلك بإثباته . فسلبناه باليسار ما أعطيناه باليمين [١] .

فعلاقة السببية إذن مفترضة ، لا يكلف المضرور بإثباتها . ومتولى الرقابة هو الذى يكلف بنفيها . والنص صريح فى هذا المعنى ، إذ تقول الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ فى عبارتها الأخيرة إن المكلف بالرقابة يستطيع أن يتخلص من المسئولية إذا هو « أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » . ويكفى فى ذلك أن يثبت أن هذا الضرر قد وقع دون أن يكون لوقوعه أية علاقة بالخطأ المفترض فى جانبه . فوقوعه ، بالنسبة إلى متولى الرقابة لا بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة [٢] ، كان بسبب أجنبى ، بأن قامت قوة قاهرة أو حادث مفاجئ أو وقع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، وكان من شأن هذا أن قطع الصلة ما بين التقصير المفترض فى جانب متولى الرقابة وبين الضرر الذى أصاب المضرور ، بأن كان هذا الضرر يقع حتى لو اتخذ متولى الرقابة كل الاحتياطات المعقولة لمنعه ؛ فلم يكن الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة هو السبب فى حدوث الضرر . مثل ذلك أن يقع الحادث الذى سبب الضرر وقوعاً مفاجئاً بحيث لم يكن من الممكن توقعه ولا من المستطاع تلافيه [٣] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى مازو ١ فقرة ٧٦٩ .

(٢) أما إذا كان الضرر قد وقع بسبب أجنبى بالنسبة إلى من هو تحت الرقابة ، فإن مسئولية هذا لا تتحقق ، ولا تقوم تبعاً لذلك مسئولية متولى الرقابة .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدرت محكمة الموضوع ظروف الحادث الذى وقع من تلميذ داخل المدرسة ، وقررت ألا مسئولية على ناظر المدرسة فيه لأنه وقع مفاجأة ، فإنها بذلك تكون قد فصلت فى نقطة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها ... أما الزعم بأن المفاجأة لا يمكن اعتبارها فى القانون المصرى (القديم) سبباً معفياً من المسئولية المدنية مادام لم ينص عليها فيه ، فذلك لا يعبأ به ، إذ الأمر ليس بحاجة إلى نص خاص ، بل يكفى فيه تطبيق مبادئ القانون العامة التى منها وجوب قيام علاقة السببية بين الخطأ والحادث الذى أنتج الضرر . وبغير ذلك لا يمكن الحكم بالتعويض على مرتكب الخطأ . والقول =

= بحصول الحادث مفاجأة معناه أن الفعل كان يقع ولو كانت الرقابة شديدة إذ ما كان يمكن تلافيه بحال . ومفهوم ذلك بداهة أن نقص الرقابة لم يكن هو السبب الذى أنتج الحادث ، بل كان وقوعه محتملا ولو مع الرقابة الشديدة (نقض فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٩٤/١ ص ١٩٨) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن مسئولية المربى ترتفع إذا حصل الحادث فجأة ، وإنما يشترط فى ذلك أن يكون عدم استطاعة تلافيه غير ناتجة عن إهمال (١٣ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٢٨ ص ٢٣٩) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه يجب لاعتبار مسئولية الأب عن فعل ابنه الذى هو تحت رعايته قائمة أن يثبت مبدئياً حصول الخطأ من هذا الابن ، وأن يكون هذا الخطأ نتيجة لعدم ملاحظته ، أو بعبارة أخرى يشترط قيام الارتباط بين خطأ الأب فى ملاحظة ابنه والحادث الذى وقع منه . ويقع عبء إثبات انعدام رابطة السببية بين الخطأ والحادث على عاتق الأب (استئناف مصر الوطنية فى ٢ مايو سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢٠ رقم ٦١٠ ص ١٣٨٥) . وقضت محكمة الزقازيق الكلية بألا مسئولية إلا إذا كان هناك إهمال أو تقصير فى الرقابة وكانت هناك علاقة ارتباط مباشر بين الخطأ والحادث الذى يطلب عنه التعويض . فإذا كان الحادث ليس متوقعاً ولا ممكناً تلافيه ولا التكهن بوقوعه لسرعة حصوله وعدم وجود مقدمات له ، أو كان مباغتة والمراقبة ما كانت لتحول دون وقوع الحادث ، فلا تكون هناك مسئولية (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٣٤٢ ص ٧٤٠) .

[وقد قضت محكمة النقض بأن الفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ من القانون المدنى تنص على «أن المكلف بالرقابة يستطيع أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » فإذا كان يبين من واقعة الدعوى أن الحادث الذى وقع كان مفاجئاً أثناء عبث المجنى عليه هو والمتهم وهما صديقان وقد بلغ المتهم ثمانية عشر عاماً ، فلم يكن حدوثه راجعاً إلى نقص فى الرقابة من جانب الطاعن على ابنه المتهم ، ومع ذلك قضى الحكم بمساءلة الطاعن مدنياً على أساس الخطأ المفترض وأن المتهم ما دام قاصراً فان رقابة والده يجب أن تستمر بصورة تمنعه من إيقاع الضرر بغيره وإلا التزم بتعويض هذا الضرر — فإنه يكون مخطئاً فى تطبيق القانون : نقض جنائى فى ٧/٦ ٩٥٤ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ٥ رقم ٢٨٧ ص ٩٠٥] .

هذا ويلاحظ أنه إذا أثبت المضرور خطأ فى جانب متولى الرقابة ، استغنى بذلك عن المسئولية القائمة على خطأ مفترض ، وعاد إلى القواعد العامة فى المسئولية ، ولا يجدى متولى الرقابة فى هذه الحالة أن يتمسك بأن الحادث الذى هو محل المساءلة كان نتيجة ظرف فجائى . وقد قصدت محكمة النقض إلى تقرير هذا المبدأ عند ما قضت بأنه ليس للعلم أن يتمسك بأن الحادثة التى هى محل المساءلة كانت نتيجة ظرف فجائى ليتخلص من المسئولية إلا إذا ثبت أنه قام بواجب المراقبة المفروضة عليه . ومن الخطأ تخلى المعلم عن هذه المراقبة وعهده بها إلى تلميذ عمره سبع سنوات (نقض مدنى فى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ سنوات رقم ١٠٥ ص ٢٣٤) . وعبارة الحكم غير دقيقة ، والمقصود أنه لا يجوز التمسك بأن الحادث كان نتيجة ظرف مفاجىء إذا أثبت المضرور تقصيراً فى جانب متولى الرقابة . وعلى هذا الأساس تقوم وقائع القضية ، فقد كلف المعلم تلميذاً عمره سبع سنوات بمراقبة التلاميذ وكتابة اسم من يحدث ضجة منهم ، فلما كتب اسم أحد التلاميذ تغيظ هذا منه ، وقذفه بسن ريشة أفقدت عينه اليمنى الإبصار ، فاعتبرت =

ويخلص من ذلك أن متولى الرقابة ترتفع عنه المسئولية بأحد أمرين ، إما بأن ينفى الخطأ المفترض فى جانبه فينعدم ركن الخطأ ، وإما بأن يثبت السبب الأجنبى على النحو الذى قدمناه فينعدم ركن السببية . وفى الحالتين يبقى من أحدث الضرر ، وهو من قامت عليه الرقابة ، مسئولا عن العمل غير المشروع الذى صدر منه ، وفقاً للقواعد العامة فى المسئولية[1].

٦٧٤ — قيام مسئولية الشخص الخاضع للرقابة إلى جانب مسئولية متولى الرقابة :

وغنى عن البيان أن قيام مسئولية متولى الرقابة على النحو الذى بيناه لا يمنع من أن تقوم إلى جانبها مسئولية الشخص الخاضع للرقابة ، وهو الشخص الذى صدر منه العمل غير المشروع . ويستطيع المضرور إذن أن يرجع على من ارتكب الخطأ بالذات إن كان عنده

= المحكمة أن هناك خطأ ثابتاً فى جانب المعلم ، إذ عهد لتلميذ فى هذه السن بالمراقبة ، فلا يجدى المعلم أن يتمسك بأن الحادث مفاجىء ما دام قد ثبت خطأ فى جانبه (أنظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩ العددين الأول والثانى) .

[وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير قيام المسئول عن الحقوق المدنية بواجب الرقابة على ابنه أو عدم قيامه به من شأن محكمة الموضوع : نقض جنائى فى ١٢/٥/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ٢١١ ص ٦٢٦) .

كما قضت بأن استظهار قيام رابطة السببية بين الخطأ والوظيفة ، وهو الشرط الذى تتحقق به مسئولية المتبوع وعن فعل تابعه ، هو من المسائل التى تخضع لتقدير محكمة الموضوع ولا يصح المجادلة فى شأن توافرها أمام محكمة النقض : نقض جنائى فى ٥/٤/١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٢٤٢ ص ٧٤٤)] .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فإذا أقيم الدليل على خطأ من وقع منه الفعل الضار ترتبت مسئوليته وفقاً لأحكام القواعد العامة . أما من نيطت به الرقابة عليه فيفترض خطؤه باعتبار أنه قصر فى أداء واجب الرقابة . ولكن يجوز له ، رغم ذلك ، أن ينقض هذه القرينة باحدى وسيلتين . فإما أن يقيم الدليل على انتفاء الخطأ من ناحيته ، بأن يثبت أنه قام بقضاء ما يوجبه عليه التزام الرقابة وأن خطأ من أحدث الضرر يرجع إلى سبب غير معلوم لا ينبغى أن يتحمل تبعته ، وفى هذا الوضع تكون قرينة افتراض الخطأ قرينة غير قاطعة تنقض بإثبات العكس . وإما أن يترك قرينة الخطأ قائمة ، وينفى علاقة السببية ، بأن يقيم الدليل على أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو قام بواجب الرقابة بما ينبغى له من حرص وعناية . وفى كلتا الحالتين ترتفع عنه المسئولية ، إما بسبب انتفاء الخطأ ، وإما بسبب انتفاء علاقة السببية . وبديهى أن الفاعل الأصلى ، وهو من وقع منه الفعل الضار ، تظل مسئوليته قائمة وفقاً لأحكام القواعد العامة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٨) .

مال . فإن استوفى منه كل التعويض المستحق فلا رجوع له بعد ذلك على متولى الرقابة ، وإذا رجع على متولى الرقابة واستوفى منه كل التعويض ، فلا رجوع له بعد ذلك على من ارتكب الخطأ[١] . والذى تجب مراعاته هو ألا يستولى المضرور على تعويضين عن ضرر واحد ، بل يستوفى تعويضاً واحداً ، إما من متولى الرقابة ، وإما ممن ارتكب الخطأ ، وإما منهما معاً مسئولين أمامه بالتضامن .

ويغلب أن يرجع المضرور على متولى الرقابة لأنه هو الملىء . لكن يجوز للمضرور أن يرجع على من ارتكب الخطأ كما قدمنا ، وفى هذه الحالة لا يرجع من ارتكب الخطأ بشىء على متولى الرقابة ، لأن الخطأ الذى أوجب المساءلة هو خطأ الأول لا خطأ الثانى . أما إذا رجع المضرور على متولى الرقابة ، جاز لهذا أن يرجع على من ارتكب الخطأ . فإن كان من ارتكب الخطأ مميزاً رجع عليه متولى الرقابة بكل ما دفعه ، ولا يقسم التعويض بينهما لأن الخطأ هو خطأ الأول كما سبق القول . وإن كان غير مميز ، فلا رجوع لمتولى الرقابة عليه بشىء ، لأن عديم التمييز غير مسئول عن الخطأ ، ولا تترتب فى ذمته إلا مسئولية مخففة نحو المضرور لا نحو متولى الرقابة بشروط بيناها فيما تقدم ، ويعتبر متولى الرقابة فى هذه الحالة هو المسئول الأصلى . وهذا هو الذى تعنيه المادة ١٧٥ من التقنين المدنى الجديد ، إذ تنص على ما يأتى : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر »[٢] . والمسئول عن عمل الغير

---

(١) ويجوز أن يرجع على الاثنين معاً . بل يجوز أن يفعل ذلك فى محكمة أول درجة ، ثم يقتصر فى الاستئناف على أحدهما فلا يختصم إلا متولى الرقابة مثلا (استئناف مختلط فى ٢٥ يناير سنة ١٨٨٣ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٥٥) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٣ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه بالقدر الذى يكون فيه هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » . وقد أقرت لجنة المراجعة النص على أصله ، وأصبح رقمه المادة ١٧٩ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ استبدلت عبارة « فى الحدود » بكلمة « بالقدر » ، وأصبح رقم المادة ١٧٥ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « إذا ترتبت مسئولية =

هو متولى الرقابة والمتبوع . وسنرى أن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض ، أما متولى الرقابة فقد رأينا أنه يرجع على المميز ، ولا يرجع على غير المميز ، وهذه هى حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التى أشار إليها النص .

المبحث الثانى

مسئولية المتبوع عن التابع (*)

(Responsabilité du commettant du fait de son préposé)

٦٧٥ — النصوص القانونية : كان التقنين المدنى القديم ينص فى المادة ٢١٤/١٥٢ على ما يأتى :

= الشخص عن عمل غيره ، انطوى هذا الوضع على وجود شخصين يسألان عن ذات الدين مع اختلاف الخطأ المنسوب إلى كل منهما ، أولهما محدث الضرر ويسأل بناء على خطأ ثابت يقام الدليل عليه ، والثانى هو المسئول عنه (وهو المكلف بالرقابة أو المتبوع) ويسأل على أساس الخطأ المفروض . ومؤدى ذلك أن كليهما يلزم بالدين ذاته إلزاماً مبتدأ دون أن يكونا متضامنين فى أدائه (المؤلف : الصحيح أنهما متضامنان) ، باعتبار أن أحدهما مدين أصلى والآخر مدين تبعى أو احتياطى . فإذا رجع المضرور على محدث الضرر واستوفى منه التعويض الواجب ، وقفت المسألة عند هذا الحد ، لأن وفاء المدين الأصلى بالدين يدرأ مسئولية المدين التبعى أو الاحتياطى عنه . بيد أن المضرور غالباً ما يؤثر الرجوع على المدين الاحتياطى ، إذ يكون أكثر اقتداراً أو يساراً . ومتى قام هذا المدين بأداء التعويض، كان له أن يقتضيه ممن أحدث الضرر . ذلك أن هذا الأخير هو الذى وقع منه الفعل الضار ، فهو يلزم قبل المسئول عنه بأن يؤدى إليه ما احتمل من التعويض من جراء هذا الفعل ، ويماثل هذا الوضع مركز المدين الأصلى من الكفيل . على أن هذه الأحكام لا تطبق إلا حيث يتوافر التمييز فى محدث الضرر ، كما فرض هذا فى الصورة المتقدمة . فاذا فرض على النقيض من ذلك أن محدث الضرر غير أهل للمساءلة عن عمله غير المشروع ، فليس للمسئول عنه أن يرجع عليه بوجه من الوجوه ، لأنه يكون فى هذه الحالة مديناً أصلياً . وينعكس الوضع فلا يلزم من وقع منه الفعل الضار إلا بصفة تبعية أو احتياطية ، كما تقدم بيان ذلك » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢١ — ص ٤٢٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٦ (مطابق) — الليبى م ١٧٨ (مطابق) — العراقى م ٢٢٠ (موافق) — اللبنانى لا مقابل ولكن النص يتفق مع القواعد العامة .

(*) بعض المراجع : زنجير (Zingher) رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — فان دن درايشه (Van den Dreische) رسالة من ليل سنة ١٩٢٤ — دالان (Dallant) رسالةمن باريس سنة ١٩٢٧ — الدكتور حلمى بهجت بدوى رسالةمن باريس سنة ١٩٢٩ — راديفرنسكو (Raduvernesco) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ — فلور (Flour) رسالة من كان ١٩٣٣ — برتران (Bertrand) رسالة من إكس سنة ١٩٣٥ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٠ — فقرة ٣٥٣ — مصطفى مرعى فقرة ١٩٣ — فقرة ٢٣٤ — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٥٠٤ — فقرة ٥٠٩ — سليمان مرقس فقرة ٨٨ — ١٠٠ — [الدكتور أنور سلطان فقرة ٥٢٧ — ٥٤١ — الدكتور عبدالمنعم فرج الصده فقرة ٥٠٤ - ٥١٤].

« يلزم السيد أيضاً بتعويض الضرر الناشىء عن أفعال خدمته متى كان واقعاً منهم فى حالة تأدية وظائفهم » .

وكان هذا النص يعيبه أنه لم يحدد علاقة التبعية ، وأنه يضيق عن أن ينتظم جميع أعمال التابع التى يكون المتبوع مسئولا عنها .

فجاء التقنين المدنى الجديد وأصلح هذه العيوب ، إذ نص فى المادة ١٧٤ على ما يأتى :

« ١ — يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

٢ — وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تادية الوظيفة التى عهد بها إليه ، ويكون مسئولا كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع فى ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ — تقوم علاقة التبعية حتى لو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه ، ما دامت له سلطة فعلية فى الرقابة عليه وفى توجيهه ، وما دام يملك أمر فصله . ٣ — ولا يستطيع المتبوع أن يتخلص من هذه المسئولية إلا إذا أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر » .

وفى لجنة المراجعة عدل النص على الوجه الآتى : « ١ — يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع إذا كان هذا العمل داخلا فى أعمال الوظيفة التى عهد بها إليه ، ويكون مسئولا كذلك إذا كانت الوظيفة هى التى هيأت للتابع الفرصة لارتكاب العمل غير المشروع ولو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة . ٢ — ونقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه وكان يملك أمر فصله . ٣ — ويستطيع المتبوع أن يتخلص من هذه المسئولية إذا أثبت أنه لم يكن فى مقدوره أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر » . وقد أثار أحد أعضاء اللجنة مسألة مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز ، فأجيب بأنه ما دامت المسئولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز . (المؤلف : سنرى أن المتبوع يكون مسئولا حتى لو كان غير مميز) . وأصبح رقم المادة ١٧٨ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ عدلت الفقرة الأولى على الوجه الآتى : « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، وقد آثرت اللجنة أن تنسج على منوال القانون القديم فى التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج فى تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون القديم =

ويتبين من هذا النص أن التقنين الجديد تجنب العيبين اللذين أشرنا إليهما فى التقنين القديم . فوسع من دائرة الأعمال التى يسأل عنها المتبوع ، إذ ذكر أنها الأعمال التى تقع من التابع فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها ، وفى هذا لم يفعل التقنين الجديد إلا أن يسجل ما جرى عليه القضاء المصرى فى هذه المسألة . ثم حدد علاقة التبعية بأنها تقوم على سلطة فعلية فى الرقابة والتوجيه ، ولا تقوم ضرورة على حق الاختيار ، وهذا أيضاً ما كان القضاء المصرى يجرى عليه ، ولم يزد التقنين الجديد على أن سجله .

فنصوص التقنين الجديد فى هذا الموضوع ، وإن كانت أدق وأكثر وضوحاً من نصوص التقنين القديم ، لم تستحدث جديداً ، بل اقتصرت على تسجيل الأحكام التى أقرها القضاء المصرى .

ونبحث هنا ، كما بحثنا فى مسئولية متولى الرقابة ، أمرين : (١) متى تتحقق مسئولية المتبوع عن التابع (٢) الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية المتبوع

٦٧٦ — شرطاه : تتحقق المسئولية إذا قامت علاقة تبعية ما بين شخصين متبوع وتابع ، وارتكب التابع فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها خطأ أحدث ضرراً .

فتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) علاقة التبعية (٢) خطأ التابع فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

= وحذفت من الفقرة الثانية عبارة «وكان يملك أمر فصله» لأن مسألة الفصل لا تعتبر عنصراً لازماً من عناصر رابطة التبعية ، فأحياناً لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المسئولية ، كما هو الشأن المجندين تجنيداً إجبارياً أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين من قبل هيئة من الهيئات . وحذفت اللجنة الفقرة الثالثة من هذه المادة لأن حكمها يفضى إلى جعل قرينة المسئولية من قبيل القرائن البسيطة فى هذه الحالة ، ولا محل للعدول عما قرره القانون الحالى من جعل هذه القرينة قاطعة لا تسقط بإثبات العكس وأصبح رقم المادة ١٧٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٢ — ص ٤٢٠) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٧٥ (مطابق) — الليبى م ١٧٧ (مطابق) — العراقى م ٢١٩ (مقارب) — اللبنانى م ١٢٧ (موافق) .

§ ١ — علاقة التبعية

٦٧٧ — عنصراد : تقوم علاقة التبعية فى كثير من الحالات على عقد الخدمة . ولكنها لا تقتضى حتما وجود هذا العقد ، بل هى لا تقتضى أن يكون التابع مأجوراً من المتبوع على نحو دائم ، أو أن يكون مأجوراً على الإطلاق . فلا ضرورة إذن ، فى قيام علاقة التبعية ، أن يكون هناك أجر يعطيه المتبوع للتابع ، بل لا ضرورة لأن يكون هناك عقد أصلا بين الاثنين .

وقد بينت الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ من التقنين المدنى الجديد ما هو المقصود بعلاقة التبعية ، إذ نصت على ما يأتى : « وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه » . فعلاقة التبعية تقوم إذن على هذه السلطة الفعلية فى الرقابة والتوجيه التى تثبت للمتبوع على التابع[١] .

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يضيف حق الفصل . وإلى هذا تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حيث تقول : « فيراعى أن المشروع حدد علاقة التبعية تحديداً بيناً . فليس فى طبيعة الأشياء ما يحتم قيام هذه العلاقة على حرية المتبوع فى اختيار تابعه ، فقوامها ولاية الرقابة والتوجيه وما تستتبع عند الاقتضاء من إعمال حق الفصل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . وقد رأينا فيما تقدم أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت حق الفصل من معيار علاقة التبعية لأنه ليس عنصراً ضرورياً من عناصرها ، فقد لا يكون أمر الفصل راجعاً إلى المتبوع ومع ذلك تثبت المسئولية ، كما هو الشأن فى المجندين تجنيداً إجبارياً أو فيمن يخصص لخدمة شخص معين من قبل هيئة من الهيئات .

وقد ذهبت محكمة النقض فى عهد التقنين القديم ، فى بعض أحكامها ، إلى الأخذ بحق الاختيار وحق التأديب والفصل من الخدمة لتحديد علاقة التبعية ، فقضت بأن ضمان السيد قانوناً يقوم على مظنة خطئه فى اختيار خادمه وفى مراقبته إياه بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة ، فتبعية الخفراء لوزارة الداخلية ترجع إلى أنها مرجع تعيينهم ، وهى التى تتولى تعليمهم وتراقبهم ، كما أن لها عليهم حق التأديب والفصل من الخدمة (نقض فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجلة القضائية ١٩ ص ١٩) .

ثم تركت محكمة النقض معيار الاختيار والفصل إلى معيار السلطة الفعلية فى الرقابة والتوجيه ، وهو المعيار الذى أخذ به التقنين الجديد ، فقضت بأن مسئولية السيد عن أعمال خادمه لا تقوم على مجرد اختياره تابعه ، بل هى فى الواقع تقوم على علاقة التبعية التى تجعل السيد يسيطر على أعمال التابع فيسيره =

ونستعرض هذين العنصرين : (١) عنصر السلطة الفعلية (٢) وعنصر الرقابة والتوجيه .

٦٧٨ — **عنصر السلطة الفعلية** : تقوم علاقة التبعية على سلطة فعلية فليس ضرورياً من جهة أن تكون هذه السلطة عقدية تقوم على الاختيار ، ولا أن تكون من جهة أخرى سلطة شرعية[1] .

ليس من الضرورى أن تكون سلطة عقدية تقوم على الاختيار . وقد قدمنا أن علاقة التبعية لا تقتضى حتماً أن يكون هناك عقد بين التابع والمتبوع . قد يوجد هذا العقد ، بل هو موجود فى كثير من الأحوال ، ويغلب أن يكون عقد عمل . فالعامل والخادم والطاهى والسائق والمستخدم والموظف ، كل هؤلاء تابعون ومتبوعهم هو رب العمل أو سيد البيت أو صاحب المتجر أو الحكومة . ولكن علاقة التبعية ، حتى فى هذه الأحوال ، لا تقوم على عقد العمل . فلو أن هذا العقد كان باطلا ، لبقيت مع ذلك علاقة التبعية قائمة ما دامت هناك سلطة فعلية للمتبوع على التابع . بل ليس من الضرورى أن يكون المتبوع قد اختار شخص تابعه . وقد كان الفقه والقضاء قديماً يقيمان علاقة التبعية على فكرة الاختيار ، ويعتبران خطأ المتبوع المفترض هو خطأ فى الاختيار culpa in eligendo . ولكنهما نبذا هذا الرأى تدرجاً . فأجازا أولا أن يكون الاختيار مقيداً ، أى محصوراً فى أشخاص معينين لا يملك المتبوع أن يختار تابعه إلا منهم ، كما إذا كان الاختيار موكولا إلى مسابقة

= كيف شاء بما يصدره إليه من الأوامر والتعليمات (نقض مدنى فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٩٤ ص ٧٦١) .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه لما كان نص المادة ١٥٢ من القانون المدنى القديم — التى تقضى بمسئولية المتبوع عن عمل تابعه حال تأدية وظيفته — قد جاء نصاً عاماً مطلقاً فلم تشترط لقيام رابطة التبعية أن يكون للمتبوع علاقة مباشرة بالتابع وإنما تقوم هذه الرابطة أيضاً متى كان للمتبوع سلطة فعلية على التابع فى الرقابة عليه وفى توجيهه طالت مدة هذه السلطة أو قصرت ، فكلما تحققت هذه السلطة قامت تلك العلاقة : (نقض مدنى فى ٢٦/٤/١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ رقم ٨١ ص ٥٤٣)] .

يشترط للتقدم إليها مؤهلات خاصة . ثم أجازا بعد ذلك أن يكون الاختيار مفروضاً على المتبوع ، كالسفينة تدخل فى الميناء فيقودها « مرشد » لا تملك أن تختار سواه[1] ، وكمجلس بلدى يقوم بالعمل عنده موظفون تعينهم الحكومة فلا يد له فى اختيارهم . وكما أنه ليس من الضرورى أن يكون للمتبوع حق اختيار تابعه ، كذلك ليس من الضرورى أن يملك أمر فصله . وهذا هو شأن موظفى المجلس البلدى الذين عينتهم الحكومة ، فالمجلس لم يخترهم ولا يملك أمر فصلهم ، بل الحكومة هى التى تعينهم وتفصلهم ، ومع ذلك فإنهم يعتبرون تابعين للمجلس البلدى لا للحكومة .

وليس من الضرورى أن تكون السلطة شرعية ، بل يكفى أن تكون سلطة فعلية . فقد لا يكون للمتبوع الحق فى هذه السلطة ، بأن يكون استمدها من عقد باطل أو عقد غير مشروع أو اغتصبها دون عقد أصلا ، ولكنه ما دام يستعملها فعلا ، بل ما دام يستطيع أن يستعملها حتى لو لم يستعملها بالفعل ، فهذا كاف فى قيام علاقة التبعية[2] .

٦٧٩ — عنصر الرقابة والتوجيه : ويجب أن تكون هذه السلطة الفعلية منصبة

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأن المرشد يعتبر أثناء قيامه بعملية إرشاد السفينة تابعاً للمجهز لأنه يزاول نشاطه فى هذه الفترة لحساب المجهز ويكون الحال كذلك ولو كان الإرشاد إجبارياً وليس فى هذا خروج على الأحكام المقررة فى القانون المدنى فى شأن مسئولية المتبوع وذلك أن الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ منه تقضى بأن رابطة التبعية تقوم ولو لم يكن المتبوع حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وتوجيهه : (نقض مدنى فى ٢٤ من أكتوبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ١٣٦ ص ٩٧٤)] .

(٢) وقد يكون الولد تابعاً لأبيه ويكون الأب تابعاً لابنه ، وتكون الزوجة تابعة لزوجها ويكون الزوج تابعاً لزوجته ، ويكون الصديق تابعاً لصديقه ، كل هذا فيما يكل المتبوع منهم لتابعه من أعمال إذا كان للمتبوع السلطة الفعلية على تابعه .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يرفع المسئولية المدنية عن مالكة المجلة إدعاؤها بعدها عن أعمالها التى يقوم بها إبنها الناشر وحده ما دامت هى التى اختارته لهذا العمل إذ هو يعتبر تابعاً لها تسأل عن خطئه ما بقيت ملكية المجلة لها : نقض جنائى فى ١٦/١/١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى رقم ٨٣ ص ٢٥١] .

على الرقابة والتوجيه[١] . فالمتبوع لا بد أن تكون له السلطة فى أن يصدر لتابعه من الأوامر ما يوجهه بها فى عمله ولو توجيهاً عاماً[٢] ، وأن تكون له الرقابة عليه فى تنفيذ هذه الأوامر[٣] .

ولا يكفى أن يكون هناك مطلق رقابة وتوجيه . فالأب له الرقابة على ولده ، ومعلم الحرفة يوجه صبيه ، ولا يستلزم هذا أن يكون الولد تابعاً للأب ولا أن يكون الصبى تابعاً لمعلم الحرفة . بل لا بد أن تكون هذه الرقابة والتوجيه فى عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع[٤] . وهذا ما يميز المتبوع عن الأب ومعلم الحرفة ومقدم العمال . إذ الأب

---

(١) استئناف مختلط فى ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٤ — وفى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦ .

(٢) ومن ثم يكون الجندى فى الجيش تابعاً لوزارة الدفاع ، إذ يتلقى منها التوجيه العام (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٦ رقم ٢٤٥ ص ٦٥٢) .

(٣) ومن ثم لا يكون البواب تابعاً للسكان ولو كان يتقاضى منهم أجراً تلقاء خدمات صغيرة ، ولكنه تابع لصاحب العمارة ، ويكون هذا مسئولا عنه إذا أحدث ضرراً بالسكان أو بالغير أو إذا سرق أحد السكان بإهمال من البواب (استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٤٩ — وفى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص١٤٠ — وفى ٢١ نوفبر سنة١٩٢٩ م ٤٢ ص٤٩ — وفى ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧ — وفى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١) . ولا ترتفع مسئولية صاحب العمارة حتى لو اشترط فى عقد الإيجار إعفاءه من المسئولية عن أعمال البواب ، فالمسئولية التقصيرية لا يجوز اشتراط الإعفاء منها (استئناف مختلط فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٢٦٨ — وفى ٦ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٨٥) .

والحمال يكون تابعاً لصاحب الأمتعة التى يحملها فيكون هذا مسئولا عنه (استئناف مختلط فى ١٢ يونيه سنة ١٩٤٩ م ٥٢ ص ٣٠٤) ومصلحة السكك الحديدية تكون مسئولة عن الحمال باعتباره تابعاً إذا كان هذا الحمال يعمل فى شركة تخضع لرقابة المصلحة وتوجيهها (استئناف مختلط فى ١٧ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص٢٤٢) . فإذا لم يكن الحمال تابعاً للمصلحة وتسبب فى الإضرار براكب ، فإن المصلحة تكون مسئولة عن خطئها الشخصى فى أنها لم تتخذ التدابير الكافية لوقاية الركاب ، وتكون متضامنة مع الحمال فى المسئولية (استئناف مختلط فى ١٧ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٢) .

[ويعتبر ملاحظ السباحة بالمدارس الأميرية تابعاً لوزارة التربية والتعليم ، فإذا غرق تلميذ وثبت إهمال الملاحظ كانت الوزارة مسئولة (نقض مدنى فى ١٣ نوفبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٥ ص ٨٨] .

(٤) ولا يشترط أن يكون للمتبوع علاقة مباشرة بالتابع ، ما دام هذا يعمل لحسابه . وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن المتبوع يكون مسئولا عن عماله الأصغرين الثانويين ولو كان تعيينهم =

له الرقابة على ولده ولكن فى غير عمل معين ، ومعلم الحرفة ومقدم العمال لهما الرقابة والتوجيه على الصبية والعمال فى عمل معين ، ولكن الصبية لايقومون بهذا العمل لحساب معامهم بل ليتدربوا على العمل ، والعمال لا يقومون بالعمل لحساب المقدم عليهم بل لحساب رب العمل ، فهم والمقدم معهم تابعون جميعاً لرب العمل[١] .

= بمعرفة الموظفين الرئيسيين مادام أن التعيين بمعرفتهم داخل فيما رسم لهم صاحب العمل من الاختصاصات . فإذا حوكم ممرض لتسببه بإهماله فى وفاة مريض وحكم عليه نهائياً بالعقوبة ، فالمتبوع يسأل عن هذا الإهمال سواء أكان هو الذى أقام الطبيب فى المستشفى فى وظيفته وهذا الأخير هو الذى عين الممرض ومن فى حكمه أم كان المتبوع هو الذى عين الجميع مباشرة (١٥ نوفبر سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٢٠٣ ص ٤٣٣). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التابع إذا أحل ابنه محله ، كان المتبوع مسئولا عن ابن تابعه إذا كان إحلال الابن يعتبر خطأ من التابع (١٢ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٨) .

بل قد يكون التابع غير معين ، ويبقى المتبوع مسئولا عنه ، وإن كان لا يستطيع الرجوع عليه فيما بعد ، ويكون شأن المتبوع معه فى ذلك شأنه مع التابع المعسر . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه يكفى فى مساءلة المخدوم مدنياً أن يثبت أن الحادث قد تسبب عن خطأ خادم له ولو تعذر تعيينه من بين خدمه . فما دام الحكم قد أثبت أن وفاة المجنى عليه لا بد أن تكون قد نشأت عن خطأ أحد المتهمين (الكمسارى أو السائق) اللذين هما تابعان لإدارة النقل المشترك ، فإن مساءلة هذه الإدارة مدنياً تكون متعينة لأنها مسئولة عما يقع من مستخدميها فى أثناء تأدية خدمتهم ، ولا يمنع من ذلك أن المحكمة لم تستطع تعيين المخطىء منهما . وليس فى التزام الإدارة بالتعويض مع تبرئة الكمسارى خروج عن القواعد الخاصة بالمسئولية ، لأن هذه التبرئة قائمة على عدم ثبوت ارتكابه الخطأ الذى أدى إلى وقوع الحادث ، أما مسئوليتها فمؤسسة على ماثبت قطعاً من أن هذا الخطأ إنما وقع من أحد خادميها اللذين كانا يعملان معاً فى السيارة . ولا يشترط لمساءلة المخدوم عن خطأ خادمه أن يكون الخادم حاضراً أو ممثلا فى الدعوى التى تقام على المخدوم ، فالتنازل عن مخاصمة ورثة الخادم لا يحول دون مطالبة المخدوم ، إذ هذا التنازل ليس فيه ما يفيد عدم مسئولية الخادم حتى كان يمكن أن يقال بعدم مسئولية المخدوم (نقض جنائى فى ٢٢ نوفبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٣٧ ص ٣٧٢ . وانظر تعليقاً على هذا الحكم للدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى — وقد أشار المعلق فى تعليقه إلى حكم آخر صادر فى هذا المعنى من محكمة الاستئناف فى ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ٥٩٤ ، وفيه اعتبرت الحكومة مسئولة عن استبدال قطن من رتبة أدنى بقطن من رتبة أعلى ما دام من المقطوع به فيه أن هذا الاستبدال قد حدث إما فى المركز أو لدى نائب العمدة أو لدى شيخ الخفراء فكل هؤلاء تابعون للحكومة) .

ومسئولية الحكومة عن أعمال الموظف هى مسئولية المتبوع عن التابع (انظر فى هذه المسئولية حسين عامر فى المسئولية المدنية فقرة ٦٧٢ — فقرة ٦٧٩) .

(١) ولهذا التمييز أهمية كبيرة ، إذ أن مسئولية الأب عن ولده باعتباره تابعاً تختلف عن مسئوليته عن ولده باعتباره تحت رقابته ، فالمسئولية الأولى لا تندفع بنفى الخطأ ، وتندفع المسئولية الأخرى بنفيه على النحو الذى قدمناه .

وتتراخى علاقة التبعية بتراخى الرقابة والتوجيه ، حتى إذا لم يبق لدى المتبوع سلطة كافية فى الرقابة والتوجيه انعدمت علاقة التبعية . فالأطباء الذين يعملون فى مستشفى لحسابهم لا يعتبرون تابعين لإدارة المستشفى . وأعضاء الجمعية لا يعتبرون تابعين لها . والشركاء لا يعتبرون تابعين للشركة[1] . والمقاول إذا كان مستقلا لا يعتبر تابعاً لرب العمل ، وهذا فرق ما بين عقد العمل وعقد المقاولة[2] . وإذا أعار شخص سيارته لصديق

(١) ولكن مدير الشركة يعتبر تابعاً للشركة (استئناف مختلط فى ١١ يونيه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣٥ — وفى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٩) . والملتزم ببيع منتجات شركة فى جهة معينة يعتبر سائقه تابعاً لهذه الشركة إذا كان الملتزم ممثلا للشركة (استئناف مختلط فى ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٠) .

وتعتبر الممرضة تابعة للطبيب الذى تعمل فى خدمته (استئناف مختلط فى ٢ نوفبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠) . ولا يعتبر المؤجر متبوعاً لمستأجره (محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى ١٢ فبراير سنة ١٩١٩ جازيت ١٠ رقم ٨٤ ص ٨٠) — ولا يعتبر الوصى تابعاً للقاصر (استئناف مختلط فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨) .

ولا يعتبر ناظر الوقف تابعاً والوقف متبوعاً إلا إذا كان الناظر معيناً من قبل المستحقين ، أما إذا عينته وزارة الأوقاف أو القاضى فلا (استئناف مختلط فى ٢٤ ديسمبر سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ ص ٨٣ — وفى ١٩ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦) . وهناك أحكام قضت بأن الوقف لا يكون متبوعاً لأنه ليس بشخص اعتبارى (استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٠) ، ولأن الوقف لا يلتزم فى غير حالة المرض إلا بدين أجازه القاضى ولأن تصرف الناظر لا يلزم الوقف إلا فيما فيه صالح الوقف (استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص٢٨٢ - وفى ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٥٧) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن ناظر الوقف الذى لا يعطى المستحقين استحقاقهم فى الوقف لا يجعل الوقف مسئولا عنه (١٩ يونيه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٦ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ١٦٦ . ويرى الأستاذ مصطفى مرعى أن الوقف يسأل عن الخطأ الذى يقع من الناظر فى أثناء عمله المنوط به بحكم وظيفته ، فإذا أتى الناظر فى أثناء هذا العمل خطأ ضاراً بالغير كان للمضرور أن يرجع على الوقف متضامناً مع الناظر وللوقف أن يرجع على الناظر بما يدفعه عنه (المسئولية المدنية فقرة ٢٠٩ — ٢١١) . ونحن إذا كنا نرى أن الوقف شخص معنوى ، إلا أننا نؤثر ألا يلتزم بتصرفات الناظر ، قولية كانت أو فعلية ، إلا فى الحدود التى رسمها الفقه الإسلامى ، فإن الوقف نظام من خلق هذا الفقه ، فيؤخذ منه كما هو فى غير ما تدعو له الضرورة .

والحارس على الأشياء المحجوزة يعتبر تابعاً للحاجز إذا كان هو الذى اختاره (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٦٨ص٧٢٠) ، ولا يعتبر تابعاً له إذا عينه المحضر (محكمة مصر الوطنية فى ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٣٤ ص ٣٥١ — استئناف مختلط فى ٣٠ نوفبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥٥ — وفى ٣ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المقاول إذا كان يعمل مستقلا لا تحت رقابة صاحب العمل ، فإن المقاول لا يعتبر تابعاً لصاحب العمل (استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص١٩٦ — =

= وفى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ — وفى ٢٢ نوفبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٦٤ — وفى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ — وفى ٣ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٠ — وفى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ — وفى ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢) .

وهناك أحكام قضت بأن المقاول يعتبر تابعاً لصاحب العمل متى كان يتبعه اقتصاديا ولو كان مستقلا عنه فى العمل ، كعلم أنفار يعتبر تابعاً لصاحب العمل أو للمقاول الأصلى(استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٠) . ولا تعتبر الحكومة متبوعة للمقاول ولا تكون مسئولة عن خطئه إذا لم تحتفظ إلا بحق الإشراف العام عليه دون أن يكون لها حق التوجيه والإدارة (استئناف مختلط فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠) ، وكانت الأحكام القديمة تقضى بقيام علاقة التبعية فى هذه الحالة (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ٣١ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٧ رقم ٥٤١ ص ١٠٦١ — استئناف مختلط فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٦٢ — وفى ٤ نوفبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨) ، ثم تطورت الأحكام إلى التمييز بين مجرد الإشراف العام فلا تقوم علاقة التبعية والإشراف المصحوب بالتوجيه والإدارة فتقوم هذه العلاقة (استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ — وفى ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢ — ٧ يونية وفى سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٢٢ — وفى ٩ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٥ وفى ١٧ يونية سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٤٩ — وفى ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٦٠ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة إليه) ، وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه إذا أسس الحكم مسئولية الحكومة عن المقاول على مجرد قوله إنها كانت تشرف على عمل المقاول دون أن يبين مدى هذا الإشراف حتى يعرف ما يكون قد وقع من موظفيها من خطأ فى عملية المقاولة ، وما أثر هذا الخطأ فى سير الأعمال ، وما علاقته بالضرر الذى وقع ، أو هل الإشراف قد تجاوز التنفيذ فى حد ذاته واحترام شروط المقاولة مما يؤخذ منه أن الحكومة تدخلت تدخلا فعلياً فى تنفيذ عملية المقاولة بتسييرها المقاول كما شاءت ، فهذا الحكم يكون قاصراً عن إيراد البيانات الكافية لقيام المسئولية (نقض مدنى فى ١٧ أبريل سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١١٢ ص ٣٤٠) وقضت محكمة النقض أيضاً بأن مالك المنزل لا يسأل عن خطأ الصانع الذى استأجره لعمل معين إذا كان لم يتدخل معه فى إجراء هذا العمل (نقض مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣ ص ٢٥) .

ومتى ثبت أن المقاول ليس تابعاً لرب العمل ، فلا يكون هذا مسئولا عنه إلا إذا ارتكب خطأ شخصياً بأن عهد بالعمل إلى مقاول لا تتوافر فيه الشروط اللازمة للعمل الفنى الذى عهد به إليه ، فيكون صاحب العمل مسئولا عن خطئه الشخصى لا عن خطأ المقاول (استئناف مختلط فى ٢٤ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٥٩ — وفى ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٦ — وفى ٤ نوفبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧ — وفى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢ — وفى ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٨٢) . ولا يكون المقاول الأصلى مسئولا عن تابع المقاول من الباطن (استئناف مختلط فى ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٨ : ولكن إذا ارتكب المقاول الأصلى خطأ شخصياً كان مسئولا عنه) .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الأصل فى القانون أن المسئولية شخصية إلا أن حالة مسئولية المتبوع عن خطأ تابعه ليست هى الاستثناء الوحيد الذى يرد على هذا الأصل ، بل يرد عليه أيضاً مسئولية رب العمل عن خطأ المقاول إذا كان هذا الأخير يعمل بتوجيهه وتحت إشرافه المباشر — على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض — كما يرد عليه أيضاً حالة رب العمل الذى يسىء اختيار المقاول فيعهد بالعمل إلى مقاول جاهل بأصول مهنة المقاولة ، والفارق بين مسئولية المالك فى هذا الصدد ومسئولية المتبوع أن سوء الاختيار فى الحالة الأولى يجب على المدعى إثباته وفى الحالة الأخرى هو مفترض قانوناً افتراضا لا سبيل لدحضه :
(نقض مدنى فى ١٢/٦/٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ٦٩ ص ٥٥٧)] .

وترك له زمامها فلا يعتبر الصديق تابعاً لصديقه ، ولكن إذا ترك الأب سيارته لولده يقودها وأشرف عليه فى قيادتها اعتبر الولد تابعاً لأبيه[1] . وإذا استأجر صاحب السيارة سائقاً اعتبر هذا السائق تابعاً له[2] ، أما إذا استأجر شخص سيارة بالأجرة (تاكسى) فإن السائق لا يكون تابعاً له لأنه مستقل عنه وليس للراكب عليه حق الرقابة والتوجيه[3] أما العلاقة فيما بين الموكل والوكيل فقد تكون علاقة تبعية أو لا تكون ، تبعاً لما إذا كان

---

(١) استئناف مختلط فى ٩ أبريل سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٧٥ — وإذا كلف الأب ولده تأدية مهمة ، فساق الولد سيارة لتأدية هذه المهمة ، اعتبر تابعاً لأبيه (استئناف مختلط فى ٢٢ مايو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٨١) . وإذا أعار الأب ابنه أو ابنته سيارة ، وكان الابن أو البنت تملك رخصة شخصية للقيادة ، فلا يعتبر أى منهما تابعاً لأبيه (استئناف مختلط فى ٢٩ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٣ — وفى ١٩ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٢) . وكذلك لا يكون الابن تابعاً إذا أعاره أبوه سيارته ولم يكن الابن يقضى مصلحة للأب بل يقضى مصلحة شخصية لنفسه (استئناف مختلط فى ١٥ يونية سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٧٦) . ويعتبر الأب مسئولا عن حادث سيارة ، ولو اشتريت باسم ابنته ، إذا كان سائق السيارة الذى وقع بخطئه الحادث أقر أنه مستخدم عند الأب وتبين أن الابنة تقيم مع والديها وليس لها مال ظاهر يسمح بشرائها السيارة (استئناف مختلط فى ٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٤) .

(٢) استئناف مختلط فى ٨ يونيه سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٦٠ — وفى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٤٩ — وصاحب « الجراج » مسئول عن أخطاء السائق الذى يستخدمه (استئناف مختلط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٧٣) ، حتى ولو ذهب هذا وساق سيارة لعميل ليحضرها إلى الجراج (استئناف مختلط فى ٨ فبراير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٤٩) .

(٣) ولا تعتبر الشركة مسئولة عن أعمال صاحب عربة تستخدمه للنقل إذا كان مستقلا فى عمله (استئناف مختلط فى ١٢ يونيه سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٨) . ولكن مالك سيارة الأجرة (التاكسى) يكون مسئولا عن السائق (استئناف مختلط فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٢١) .

[هذا وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن الطاعن الأول أجر إلى الطاعنين الثانى والثالث السيارة التى صدمت مورث المطعون عليهم بمقتضى عقد اشترط فيه انتقال ملكية العين المؤجرة إلى المستأجرين بعد دفع كل الأقساط — عقد إجارة المبيع — وكان الحكم المطعون فيه إذ حمل ذلك الطاعن المسئولية عن الحادث بالتضامن مع الطاعنين الثانى والثالث قد أقام قضاءه على ما استخلصته المحكمة استخلاصاً سائغاً من نصوص العقد من أنه مازال وقت الحادث مالكا للسيارة وله بمقتضى العقد حق الإشراف والرقابة على من كان يقودها إذ ذاك وتسبب بخطئه فى وقوعه ، كان هذا الذى أورده الحكم كافياً لحمله ومؤدياً إلى ما انتهى إليه ومن ثم يكون النعى عليه بالقصور على غير أساس : نقض مدنى فى ٥/٢٤ سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض السنة ٢ رقم ١٣٨ ص ٨٦٣] .

الوكيل خاضعاً أو غير خاضع لرقابة الموكل وتوجيهه فى العمل الذى عهد به إليه[١] .

وقد تتوزع الرقابة والتوجيه بين أكثر من شخص واحد . فإذا استخدم عدة أشخاص شخصاً واحداً فى عمل مشترك لهم ، كانوا كلهم متبوعين لمستخدمهم ، وكانوا مسئولين عن عمله بالتضامن فيما بينهم . وقد يقوم شخص بأعمال متفرقة لأشخاص متعددين ، كالخادم تقوم بالشؤون المنزلية لأسرات متعددة فى أوقات متعاقبة فتنتقل من منزل إلى آخر ، وتكون فى هذه الحالة تابعة للمخدوم الذى تقوم بشؤون منزله فى الوقت الذى تؤدى فيه هذا العمل[٢] . وقد يعير المتبوع تابعه لشخص آخر ، فإذا استبقى المعير رقابته وتوجيهه بقى متبوعاً ، أما إذا انتقلت الرقابة والتوجيه إلى المستعير كان هذا هو المتبوع. مثل ذلك شخص يعير سيارته مع سائقها لصديق . فان انتقلت الرقابة والتوجيه إلى الصديق وبخاصة إذا كانت الإعارة لمدة طويلة أصبح السائق تابعاً له[٣] ، ويظل السائق تابعاً لمتبوعه الأول إذا كان هذا قد احتفظ لنفسه بحق الرقابة والتوجيه .

وليس من الضرورى أن يكون المتبوع قادراً على الرقابةوالتوجيه من الناحية الفنية ،

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الموكل يسأل بالتضامن مع وكيله عن الإجراءات الكيدية التى يباشرها الوكيل ولو بغير إجازة موكله (٦ مايو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٩٣) . وقضت أيضاً بأن الموكل يسأل عن الغش الذى وقع من وكيله (٤ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٤٩) وقضت كذلك بأن المالك مسئول عن الخطأ الذى يرتكبه من يدير ملكه (٢٨ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٣٤٠) . وانظر فى مسئولية الموكل عن وكيله الأستاذ مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٠٤ — فقرة ٢٠٨ .

مختلط فى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٧٥ .

(٣) ويكون الصديق فى هذه الحالة متبوعاً عرضياً (commettant occasionnel) انظر فى مسئولية المتبوع العرضى تعليقاً للدكتور سليمان مرقس على الحكم الصادر من محكمة النقض فى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٣ (القضية رقم ٥١٣ سنة ١٣ قضائية) فى مجلة القانون والاقتصاد ١٥ ص ٥٤٥ — ص ٥٥٨ .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبت أن الطاعن قد اختار السائق وكانت له عليه وقت حصول الحادث سلطة الأمر والنهى ، ولو لم يكن هو المالك للسيارة ، فان الحكم بالزام الطاعن بالتعويض عن خطأ السائق فى هذه الحالة يكون صحيحاً (نقض جنائى فى ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ٢٢٧ ص ٤٣٢) . ويعتبر صاحب السيارة المعطلة متبوعاً عرضياً لسائق يربط السيارة المعطلة فى سيارته (استئناف مختلط فى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ١٠٩) .

بل يكفى أن يكون من الناحية الإدارية هو صاحب الرقابة والتوجيه . فصاحب السيارة حتى لو لم يكن يعرف القيادة متبوع لسائقها ، وصاحب المستشفى متبوع لأطبائه الذين يعملون لحسابه فى المستشفى حتى لو لم يكن هو نفسه طبيباً[١] . وقد يكون المتبوع غير قادر على الرقابة والتوجيه حتى من الناحية الإدارية ، كأن يكون صغيراً أو غير مميز ، فينوب عنه نائبه ، من ولى أو وصى أو قيم ، فى القيام بالرقابة على التابع وفى توجيهه[٢] .

§ ٢ — خطأ التابع فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها

١٨٠ — **أمراد** : متى قامت علاقة التبعية بين شخصين على النحو الذى قدمناه ، فإن مسئولية المتبوع عن التابع تتحقق إذا ارتكب التابع خطأ أضر بالغير فى حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ : « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » .

فيشترط إذن أمران : (١) أن يرتكب التابع خطأ يضر بالغير (٢) وأن يرتكب هذا الخطأ فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود علاقة تبعية بين الطبيب وإدارة المستشفى الذى عالج فيه المريض ، ولو كانت علاقة تبعية أدبية ، كاف لتحميل المستشفى مسئولية خطأ الطبيب (نقض مدنى فى ٢٢ يونيه ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٦ ص ١١٥٦) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الصيدلى يعتبر تابعاً لصاحب الصيدلية ولو لم يكن هذا فنياً ، لأنه هو الذى اختاره وعليه رقابته (١٦ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٠) . ولكن لا يعتبر المقاول متبوعاً لطبيب إذا نظم المقاول عيادة لعماله بالمجان واستخدم فيها الطبيب وكان هذا حائزاً على المؤهلات اللازمة (استئناف مختلط فى ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٣) .

(٢) وسنرى فيما يلى ، عند الكلام فى أساس مسئولية المتبوع ، أن المتبوع قد يكون غير مميز .

٦٨١ — **خطأ يرتكبه التابع يضر بالغير** : لا تقوم مسئولية المتبوع إلا إذا تحققت مسئولية التابع ، فإن الأولى فرع عن الثانية[١] .

وحتى تقوم مسئولية التابع يجب أن تتوافر بالنسبة إليه أركان المسئولية الثلاثة : الخطأ والضرر وعلاقة السببية .

فيجب إذن على المضرور ، حتى فى رجوعه على المتبوع ، أن يثبت خطأ التابع . ومن الجائز فى بعض الحالات أن تتحقق مسئولية التابع على أساس خطأ مفترض . مثل ذلك أن يكون التابع مدرساً فى مدرسة أميرية ، فتقوم مسئوليته على تلاميذه على أساس خطأ مفترض افتراضاً يقبل إثبات العكس ، فإذا لم يثبت العكس كان مسئولا بمقتضى هذا الخطأ المفترض، وكانت الحكومة مسئولة عنه باعتبارها متبوعاً . ومثل ذلك أيضاً أن يقود التابع سيارة هو الحارس لها ، ويدهس أحد العابرة حال تأدية وظيفته أو بسبب هذه الوظيفة ، فإن مسئوليته تتحقق فى هذه الصورة على أساس خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس باعتباره الحارس للسيارة ، وتتحقق معها مسئولية المتبوع . فالقاعدة إذن أنه حيث تتحقق مسئولية التابع ، بناء على خطأ واجب الإثبات أو بناء على خطأ مفترض افتراضاً قابلا لإثبات العكس أو غير قابل لذلك ، فإن مسئولية المتبوع تقوم إلى جانب مسئولية التابع[٢] .

---

(١) محكمة استئناف أسيوط فى ٢ يونيه سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٢٧ ص ٥٠ . وقد قضت محكمة النقض بأن انتفاء المسئولية المدنية عن التابع ينفيها أيضاً عن المتبوع بطريق التبعية (نقض مدنى فى ١٩ نوفبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١/٩٤ ص ١٩٨) وقضت كذلك بأن الحكم ببراءة التابع لجنونه لا يجيز الحكم بالتعويض على متبوعه (نقض جنائى فى ١٨ مارس سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ٥٧ ص٩٩).

(٢) وإذا كانت السيارة فى المثل الذى نحن بصدده فى حراسة شخص غير التابع والمتبوع ، كما لو أعار صديق سيارته للمتبوع مع الاحتفاظ بالحراسة (garde) ، فدفعها هذا إلى تابعه ، ودهس بها التابع أحد العابرة ، فإن المضرور يكون له الرجوع على التابع بمقتضى خطأ يجب إثباته ، ومن ثم يكون له الرجوع على المتبوع . كذلك يكون له الرجوع على صاحب السيارة الذى احتفظ بالحراسة بمقتضى خطأ مفترض . فاذا رجع عليه دون أن يثبت خطأ فى جانب التابع ، فانه لا يستطيع الرجوع على التابع ما دام لم يثبت فى جانبه خطأ ، كما لا يستطيع الرجوع على المتبوع لأن مسئولية التابع لم تتحقق .

ويجب على المضرور كذلك أن يثبت أن خطأ التابع قد ألحق به الضرر. وسنرى أنه يجوز أن يكون المضرور هو أيضاً تابعاً لنفس المتبوع ، فيبقى المتبوع مسئولا أمامه عن خطأ التابع الأول . أما إذا كان المضرور هو المتبوع ذاته ، فسنرى أن التابع لا يستطيع أن يتمسك بخطأ مفترض ضده ليتخفف من المسئولية ، وكذلك إذا كان المضرور هو التابع وقد ألحق الأذى بنفسه وهو فى خدمة متبوعه ، فسنرى أنه لا يرجع على المتبوع بخطأ مفترض .

٦٨٢ — حال تأدية الوظيفة أو بسببها — القاعدة العامة : ويجب أن يكون التابع قد ارتكب الخطأ حال تأدية وظيفته أو بسببها . وهذا هو الضابط الذى يربط مسئولية المتبوع بعمل التابع ، ويبرر فى الوقت ذاته هذه المسئولية . فإنه لا يجوز إطلاق مسئولية المتبوع عن كل خطأ يرتكبه التابع ، وإلا كانت هذه المسئولية غير مستساغة ولا معقولة . وإنما تستساغ مسئولية المتبوع عن خطأ التابع وتكون معقولة إذا اقتصرت على الخطأ الذى يرتكبه التابع حال تأدية وظيفته أو بسببها ، ففى هذه الحدود وحدها يقوم الأساس الذى تبنى عليه مسئولية المتبوع ، سواء كان هذا الأساس خطأ مفترضاً أو ضماناً أو امتداداً لشخصية المتبوع على النحو الذى سنبسطه فيما بعد .

والقاعدة هى أن يقع الخطأ من التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة . فلا يكفى أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة (à l'occasion de la fonction) ، بأن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه[1] . بل يجب، إذ لم يكن الخطأ قد وقع فى عمل من أعمال الوظيفة ، أن تكون

---

(١) وقد ذهب الأستاذ مصطفى مرعى فى كتابه « المسئولية المدنية فى القانون المصرى فقرة ٢٢٠ — فقرة ٢٢٩ » إلى أنه يكفى أن الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، حتى تتحقق مسئولية المتبوع عن تابعه — واستشهد بأحكام صدرت من محكمة النقض وردت فيها هذه العبارات . ونحن نرى أن هذا توسع لامبرر له فى مسئولية المتبوع ، وأن محكمة النقض فى الأقضية التى فصلت فيها كانت فى غنى عن تقرير المبدأ على هذا النحو من السعة ، وسنعود إلى تفصيل ذلك (انظر فى هذا المعنى الدكتور سليمان مرقس فى تعليقه المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ — ص ١٧٦) .

هناك فى القليل علاقة سببية وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر فى ارتكابه لولا الوظيفة . ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته ، أو عن طريق الإساءة فى استعمال هذه الوظيفة، أو عن طريق استغلالها[١] . ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر[٢] ، علم به أو لم يعلم[٣] ، عارض فيه أو لم يعارض[٤] . ويستوى أخيراً أن يكون التابع فى ارتكابه للخطأ قد قصد خدمة متبوعه أو اندفع إلى الخطأ بحافز شخصى[٥] .

---

(١) ويفصل بعض الفقهاء ما بين هذه الفروض الثلاثة — مجاوزة حدود الوظيفة والإساءة فى استعمالها واستغلالها — حتى إذا أورد الأمثلة على كل فرض منها ، دق التمييز بينها ، حتى تتدخل الفروض بعضها فى بعض ، ويصعب التفريق بين فرض وفرض (أنظر المسئولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعى فقرة ٢٢٠ وما بعدها حيث يستعرض هذه الفروض ، ويأتى بأمثلة لكل فرض يصعب فى بعضها تخصيصه لفرض دون آخر) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يشترط أن تكون الجريمة التى تقع من الخادم قد وقعت بتحريض من السيد ، وبأن أساس مسئولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض فى جانب المتبوع من الخطأ والتقصير فى اختيار التابع أو فى رقابته ، وهذا النوع من المسئولية لا يشترط فيه تحريض من السيد ولا صدور أى عمل إيجابى منه (نقض جنائى فى ٦ نوفبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المتبوع تتحقق حتى لو كان غائباً وغير عالم بجريمة التابع (نقض جنائى فى ٦ نوفبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣ وهو الحكم الذى سبقت الإشارة اليه — قارن نقض جنائى فى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٥) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى لتطبيق المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) أن يقع الخطأ المنتج للضرر من خادم وأن يكون الخطأ قد وقع أثناء تأدية الخادم عمله ، فمتى توافرت هذه الشروط ثبتت مسئولية السيد بحكم القانون ، وبغير حاجة إلى البحث فيما إذا كان السيد قد أحسن أو أساء اختيار خادمه ومراقبته، أو أن الخادم قد خالف أمر سيده ، لأن هذه المسئولية إنما هى مسئولية مفترضة افتراضاً قانونياً (نقض مدنى فى ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨١) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن السيد مسئول ولو كان الخادم ارتكب الفعل رغماً من أوامر سيده (استئناف فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٣/٦٠٩ ص ٧٣٧) ، وقضت أيضاً بأن مسئولية المتبوع تتحقق طالما كان الفعل متصلا بعمل التابع ، ولو كان ناشئاً عن سوء استعماله لمهام وظيفته أو عن إغفاله أوامر سيده (استئناف فى ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٢/٥٢١ ص ٨٦٦) .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى ارتكب الخادم الخطأ أثناء تأدية عمله، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصى له أو عن الرغبة فى خدمة السيد ، فقد ترتبت مسئولية السيد مدنياً عن هذا الخطأ =

يستوى كل ذلك ما دام الشرط الذى أسلفنا ذكره قد توافر ، فلم يكن التابع ليستطيع ارتكاب الخطأ أو لم يكن ليفكر فى ارتكابه لولا الوظيفة[1] .

وإذا كان لا يكفى لمساءلة المتبوع أن يقع الخطأ بمناسبة الوظيفة ، فأولى ألا تتحقق هذه المساءلة إذا كان خطأ التابع أجنبياً عن الوظيفة لا تربطه بها أية علاقة .

ويخلص لنا مما قدمناه حالات أربع : (١) الخطأ فى تأدية الوظيفة . (٢) الخطأ بسبب الوظيفة . (٣) الخطأ بمناسبة الوظيفة (أو الخطأ الذى هيأت له الوظيفة) . (٤) الخطأ الأجنبى عن الوظيفة .

والخطأ فى الحالتين الأوليين يحقق مسئولية المتبوع ، ولا يحققها فى الحالتين الأخيرتين ونستعرض كلا من الحالات الأربع .

٦٨٣ — الخطأ فى تأدية الوظيفة : الأصل أن الخطأ الذى يرتكبه التابع فتتحقق به مسئولية المتبوع ، يقع وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته . فسائق السيارة ، وهو تابع

= (نقض جنائى فى ٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢١٩ ص ٤٢٠ — وفى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ — وفى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢ — قارن نقض جنائى فى ١٠ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٣/١ ص ٤ — محكمة مصر الوطنية فى ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٨١ ص ٨٢٩ — استئناف مختلط فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٤ — وفى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥) .

(١) وضعنا الشرط الذى يجب توافره لتحقق مسئولية المتبوع فى هذه الصيغة عمداً ، إذ لا يكفى أن يقال — كما يقال عادة — إنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، بل يجب أن يثبت أيضاً أنه لولا الوظيفة لما استطاع التابع أن يرتكب الخطأ أو لما فكر فى ارتكابه .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه يكفى لتحقق مسئولية المتبوع عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أن تكون هناك علاقة سببية قائمة بين الخطأ ووظيفة التابع ، ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته أو عن طريق الإساءة فى استعمال هذه الوظيفة ، أو عن طريق استغلالها ، ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع ولم يأمر به ، علم به أو لم يعلم ، كما يستوى أن يكون التابع فى ارتكاب الخطأ المستوجب المسئولية قد قصد خدمة متبوعة أو جر نفع لنفسه ، يستوى كل ذلك ما دام التابع لم يكن يستطيع ارتكاب الخطأ أو يفكر فى ارتكابه لولا الوظيفة ، نقض جنائى فى ١٩٦١/١/٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ رقم ٥ ص ٤٦)] .
=

لصاحبها ، إذا دهس شخصاً فى الطريق عن خطأ يكون قد ارتكب هذا الخطأ وهو يقود السيارة ، أى يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، فيكون المتبوع وهو صاحب السيارة مسئولا عن هذا الخطأ . والخادم وهو يقوم بأعمال النظافة فى منزل مخدومه ، فيلقى خطأ فى الطريق جسما صلباً يؤذى أحد المارة ، يرتكب الخطأ وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته . فيكون المخدوم مسئولا عنه . وخفير الدرك وهو يضبط المتهم ، فيطلق عياراً نارياً عن خطأ منه فيصيب مقتلا من المتهم ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه . والطبيب الذى يعمل لحساب مستشفى ، إذا أخطأ فى علاج مريض ، يكون قد ارتكب الخطأ وهو يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، فتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه . وقس على هذه الأمثلة كثيراً غيرها[١] .

وقد قدمنا أنه يستوى أن يكون الخطأ فى تأدية الوظيفة قد وقع بناء على أمر من المخدوم ، أو بغير أمر منه ولكن بعلمه ، أو بغير علم منه ولكن دون معارضة ، أو وقع الخطأ بالرغم من معارضة المخدوم . والخطأ فى جميع هذه الأحوال هو ، كما عرفناه ، انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض أن الخفير الذى يطلق فى رعونة عياراً نارياً فى أثناء حراسته ليلا فيصيب شخصاً يكون قد ارتكب خطأ يجعل الحكومة مسئولة عنه (نقض جنائى فى ٢ فبراير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٠٩ ص ٧٣٧) . وقضت أيضاً بأن سائق السيارة إذ تركها وبها مفتاح الحركة فى عهدة تابع آخر لمخدومه (خفير زراعة) ، فعبث هذا التابع الذى يجهل القيادة بالمفتاح ، فانطلقت السيارة على غير هدى وأصابت المجنى عليهما ، يكون قد ارتكب خطأ وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته ، وهو حفظ السيارة من أن يعبث بها ، ويكون المخدوم مسئولا عن ذلك (نقض جنائى فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٧ ص ٧٠٢) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن الممرض الذى يعمل فى خدمة مستشفى ، إذا أخطأ فأعطى المريض سماً بدلا من الدواء ، وترتب على هذا الخطأ موت المريض ، يكون قد ارتكب الخطأ فى عمل من أعمال وظيفته ، وتكون إدارة المستشفى مسئولة عنه (استئناف مصر فى ٢٩ فبراير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٣٦ ص ٦٧) . وقضت أيضاً بأن المحضر الذى يبطىء فى إعلان صحيفة الاستئناف ، ويترتب على ذلك عدم قبول الاستئناف ، يكون قد أخطأ فى عمل من أعمال وظيفته ، وتكون الحكومة مسئولة عنه (استئناف مصر فى ٢٠ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٥٦ ص ٧٢٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البواب ، إذا تهاون فمكن لصاً من سرقة مال أحد المستأجرين ، يكون قد ارتكب خطأ فى عمل من أعمال وظيفته ، ويكون المالك مخدومه مسئولا عنه (استئناف مختلط فى ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٤٠) .

٦٨٤ — **الخطأ بسبب الوظيفة** : وقد يرتكب التابع الخطأ وهو لا يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، ولكن الوظيفة تكون هى السبب فى ارتكابه لهذا الخطأ . فيكون المتبوع مسئولا عنه فى هذه الحالة ، لأن هناك علاقة وثيقة بين الخطأ والوظيفة ، إذ كانت الوظيفة هى السبب المباشر للخطأ .

ولا يكفى القول بالسببية المباشرة لتحديد الحالة التى نحن بصددها . بل يجب أن نسير خطوة أبعد فى هذا التحديد . ونورد طائفتين من الأمثلة نقتطفها من أحكام القضاء المصرى ، لنستخلص الميعار الذى يصلح أساساً لكل طائفة منهما .

الطائفة الأولى : (١) أحب خفير امرأة متزوجة ، فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله لتخلص له الزوجة ، فقضت محكمة النقض بأن الحكومة مسئولة عن عمل الخفير ، وقالت : « إذا كان الخطأ الذى وقع من المتهم ، وضر به المدعى بالحق المدنى ، إنما وقع منه بوصفه خفيراً وفى الليل وفى الدرك المعين لتأدية خدمته فيه وبالسلاح المسلم إليه من الحكومة التى استخدمته ، وأنه إنما تذرع بوظيفته فى التضايل بالمجنى عليه حتى طاوعه وجازت عليه الخدعة ، ثم تمكن من الفتك به ، مما يقطع بأنه قد ارتكب هذا الخطأ أثناء تأدية وظيفته ، وبأن وظيفته هذه هى التى سهلت له ارتكاب جريمته ، فمسئولية الحكومة عن تعويض الضرر الذى تسبب فيه المتهم باعتباره خفيراً معيناً من قبلها ثابتة : سواء على أساس أن الفعل الضار وقع منه أثناء تأدية وظيفته ، أو على أساس أن الوظيفة هى التى هيأت له ظروف ارتكابه »[1] .

---

(١) نقض جنائى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٥ رقم ١٩٦ ص ٣٦٩ .

[وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن القانون المدنى إذ نص فى المادة ١٧٤ على أن يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حالة تأدية وظيفته أو بسببها لم يقصد أن تكون المسئولية مقصورة على خطأ التابع وهو يؤدى عملا داخلا فى طبيعة وظيفته ويمارس شأناً من شئونها أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ ولا تكون ضرورية لإمكان وقوعه بل يتحقق أيضاً كلما استغل التابع وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله الضار غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه سواء ارتكب الفعل لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى إذ تقوم مسئولية المتبوع فى =

٢ — ذهب صراف إلى المركز فى عمل من أعمال وظيفته ، فكلف العمدة خفيرين بحراسته ، فانقض عليه الخفيران فى الطريق وقتلاه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الجريمة ارتكبت فى أثناء تأدية الخفيرين لوظيفتهما ، فتكون الحكومة مسئولة عنهما[1] .

٣ — ذهب كونستابل فى مهمة رسمية ومعه مسدسه ، فزار فى الطريق بعض أقاربه ، وفى أثناء الزيارة عبث بالمسدس فانطلق وأصاب مقتلا من صبى كان بجانبه . فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن عمل الكونستابل ، وقالت فى أسباب حكمها إن « المادة ١٥٢ (قديم) إذ تقرر مسئولية السيد عن الضرر الناشىء للغير عن أفعال خدمه متى كان

= هذه الأحوال على أساس استغلال التابع لوظيفته وإساءته استعمال الشئون التى عهد المتبوع إليه بها متكفلا بما افترضه القانون فى حقه من ضمان سوء اختياره لتابعه وتقصيره فى مراقبته وهذا النظر الذى استقر عليه قضاء محكمة النقض فى ظل القانون القديم قد اعتنقه الشارع ولم ير أن يحيد عنه كما دلت عليه الأعمال التحضيرية لتقنين المادة ١٧٤ . فإذا كان الثابت أن الخفير المتهم تسلم بندقيته الأميرية من دوار العمدة للوقوف فى دركه فإنه من هذه اللحظة يعتبر أنه يؤدى عملا من أعمال وظيفته فإذا كانت المشاجرة التى وقعت بين أخته وأخرى قد حصلت بعد ذلك وبعد استلامه البندقية فاتجه إليها المتهم بوصفه خفيراً تحت ستار أداء الواجب عليه كما اتجه إليها غيره وانتهز المتهم فرصة وجود السلاح الاميرى معه وارتكب ما ارتكب بها فإن هذا يبرر قانوناً إلزام وزارة الداخلية بتعويض الضرر الذى وقع على المجنى عليهم من تابعها المتهم أياً كان الباعث الذى حفزه على ذلك إذ هو غاية فى الدلالة على أن وظيفة المتهم بوصفه خفيراً نظامياً هى التى هيأت له كل الظروف التى مكنته من اغتيال المجنى عليهم ولم يكن المتهم وقت فعلته التى فعلها متجرداً عن وظيفته ولا مقطوع الصلة فعلا بمخدومه : نقض جنائى فى ١٩٥٨/١٠/٧ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ٩ رقم ١٨٦ ص ٧٥٨] .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض فى حكم آخر بأنه إذا ارتكب الموظف حال قيامه بوظيفته خطأ بدافع شخصى من انتقام أو حقد أو نحوها ، فالموظف وحده هو الذى يجب أن يسأل عما جر إليه خطأه من الضرر بالغير ، فإذا ذهب الخفير مع العمدة لإبطال السواقى التى كانت تدار لرى الشراقى ، وأبطلا الساقية التى كان يديرها المجنى عليه ووالده ، غير أنه بعد انصراف العمدة والخفراء عاد الخفير الأول وأصر على أن يعطل ساقية المجنى عليه ، فخلع الجازية وخلع الطين المثبت بها بواسطة فأس صغيرة ، ولما اعترضه المجنى عليه ضربه عمداً بيد الفأس ، فكان ذلك سبباً فى وفاته ، كان فى كل هذا ما يشعر بجواز أن يكون الخفير إنما اعتدى على المجنى عليه بدافع الانتقام إرضاء لضغينة سابقة (نقض جنائى فى ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٤ ص ٥ — وانظر نقداً لهذا الحكم فى كتاب المسئولية المدنية للأستاذ مصطفى مرعى ص ٣٠١ — ص ٣٠٢) .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٨ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٦ ص ١١٥ .

واقعاً منهم فى حال تأدية وظائفهم قد عممت ، فلم تجعل المسئولية واجبة فقط عن الأضرار الناشئة من تأدية الوظيفة نفسها ، بل جعلتها واجبة أيضاً عن الأضرار الناشئة عن كل فعل وقع حال تأدية الوظيفة ولو لم يكن من أعمال الوظيفة ذاتها ولكن هيأت للخادم أداؤه الوظيفة بحيث لولا هذا الأداء ما كان هذ الفعل ليقع كما وقع . فإذا كان الضرر الذى وقع من الموظف نتيجة عبثه بسلاح تسلمه بحكم وظيفته ، فالوزارة التى هو تابع لها مسئولة عن تعويض هذا الضرر »[١] .

٤ — كلف سيد خادمه بإحضار أحد العمال لإصلاح سيارته ، وأعطاه بطاقتين ليشترى بهما « البنزين » ، فأحضر الخادم عاملا فحص السيارة وقرر أن ليس بها عطل ، فأخذها الخادم واشترى البنزين ، وذهب يبحث عن سيده ليسلمه السيارة ، فأصاب أحد العابرة بخطئه ، فقضت محكمة النقض بمسئولية السيد عن الخادم ، وقالت فى أسباب حكمها : « السيد مسئول عن خطأ تابعه ولو كان هذا الخطأ قد وقع منه وهو متجاوز حدود وظيفته ، ما دامت وظيفته هى التى هيأت له إتيان خطئه المستوجب للمسئولية »[٢] .

٥ — ترصد فراش لناظر مدرسته معتزماً اغتياله لاعتقاده أن الناظر يضطهده ، واقترب

---

(١) نقض مدنى فى ٢٨ نوفبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر سنة ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠ . ومع ذلك فقد قضت محكمة جنايات أسيوط فى ١١ أغسطس سنة ١٩٢٣ (المحاماة ٥ رقم ٣٢ ص ٣١) بأنه إذا انطلق عيار نارى من بندقية الخفير وهو بعيد عن دركه الرسمى ، لغير عمل رسمى ، وكان الخفير يحمل البندقية معبأة فى غير الأحوال التى نصت عليها التعليمات ، فلا مسئولية على الحكومة .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت أن التابع هو مستخدم لدى وزارة الداخلية فى وظيفة بوليس ملكى وأن الوزارة سلمته لمقتضيات وظيفته سلاحاً نارياً وتركته يحمله فى جميع الأوقات ، وأنه ذهب حاملا هذا السلاح إلى حفلة عرس دعى إليها ، وهنالك أطلق السلاح إظهاراً لمشاعره الخاصة فأصاب أحد الحاضرين ، فإن وزارة الداخلية تكون مسئولة عن الأضرار التى أحدثها تابعها بعمله هذا غير المشروع ، ولا يؤثر فى قيام مسئوليتها أن يكون تابعها قد حضر الحفل بصفته الشخصية ما دام عمله الضار غير المشروع متصلا بوظيفته ، مما يجعله واقعاً بسبب هذه الوظيفة ، وذلك وفقاً لحكم المادة ١٥٢ مدنى قديم الذى لا يفترق فى شىء عن حكم المادة ١٧٤ مدنى جديد (نقض مدنى ٣ مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٠ ص ٥٨٢)] .

(٢) نقض جنائى فى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائى ٤ رقم ٦٢ ص ٥٦ .

الفراش من سيارة الناظر متظاهراً أنه يفتح له بابها بصفته رئيساً له وقتله بسكين أعدها لهذا الغرض ، فاعتبرت محكمة النقض الحكومة مسئولة عن الفراش ، وقالت في أسباب حكمها : « إذا كان الفعل لم يقع من التابع وقت تأدية وظيفته بالذات ، ففي هذه الحالة تقوم المسئولية كلما كانت الوظيفة هي التي ساعدت على إتيان الفعل الضار وهيأت للتابع بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، لأن المخدوم يجب أن يسأل في هذه الحالة على أساس إساءة الخدم استعمال شؤون الخدمة التي عهد هو بها إليهم ، متكفلا بما افترضه القانون في حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم في كل ماتعلق بها . فإذا ترصد المتهم عند باب المدرسة التي يشتغل بها فراشاً مع زملائه الفراشين فيما حتى موعد انصراف المجني عليه منها (وهو مدرس منتدب للقيام بأعمال نظارة المدرسة) ، وتمكن منه في هذه الفرصة واغتاله في هذا المكان وهو يتظاهر بأنه إنما يقترب منه لكي يفتح له — بصفته رئيساً — باب السيارة التي كانت في انتظاره ، فذلك يبرر قانوناً إلزام الوزارة بتعويض الضرر الذي وقع على المجني عليه من خادمها المتهم »(١) .

٦ — سرق أحد سعاة البريد كتاباً (خطاباً) تسلمه بحكم وظيفته ، فاعتبرت محكمة الاستئناف الوطنية أن مصلحة البريد مسئولة عنه(٢) .

٧ — ترك السائق السيارة وبها مفتاح الحركة لتابع آخر لمخدومه (خفير زراعة). فعبث هـذا التابع بالمفتاح ، فانطلقت السيارة ، وأصابت شخصين في الطريق . فاعتبرت محكمة النقض المخدوم مسئولا عن عمل كل من السائق وخفير الزراعة(٣) .

---

(١) نقض جنائي في ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ .

(٢) محكمة الاستئناف الوطنية في ١٨ يوليه سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٧ ص ٤٢ . ويقرب من هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية من أن إدارة السكك الحديدية مسئولة عن خطأ « الكمسارى » الذي يستغل وظيفته في تهريب مسروقات من بلد إلى آخر (نقض فرنسي في ٢٢ مارس سنة ١٩٠٧ سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٤٧٣) .

(٣) نقض جنائي في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٣٠٧ ص ٧٠٢ . وقد سبقت الإشارة =

والمتأمل فى هذه الطائفة من الأحكام يستطيع ردها جميعاً إلى أصل واحد . ففى كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن يستطيع ارتكابه لولا وظيفته . فالخفير فى المثل الأول ما كان يستطيع استدراج الزوج إلى الدرك لولا تذرعه بوظيفته . والخفيران فى المثل الثانى ما كانا يستطيعان قتل الصراف لو لم يكلفا بحراسته . والكونستابل فى المثل الثالث ما كان ليعبث بالمسدس لو لم يتسلمه بحكم الوظيفة . والخادم فى المثل الرابع ما كان ليصيب العابر لو لم يتسلم السيارة من سيده باعتباره خادماً له . والفراش فى المثل الخامس لم يكن ليستطيع اغتيال الناظر لولا تقدمه إلى باب السيارة باعتباره فراشاً[1] . وساعى البريد فى المثل السادس لم يكن ليسرق الكتاب لو لم يتسلمه بحكم عمله . وخفير الزراعة فى المثل الأخير ما كان ليبعث بمفتاح الحركة فى السيارة لو لم يكن خفيراً عند مخدومه .

نقول إن المعيار الذى يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة . ونعارض بهذا المعيار معيارين آخرين ، قال بأحدهما القضاء ، وقال الفقه بالثانى .

أما معيار القضاء فهو هذا الذى تكرر فى الأسباب التى نقلناها عن محكمة النقض ، إذ غلب فيها ذكر أن الوظيفة هى التى ساعدت على إتيان الخطأ وهيأت الفرصة لارتكابه[2] .

= إلى هذا الحكم . وذكرت محكمة النقض فى أسباب حكمها ما يأتى : «إن إصابة المجنى عليهما قد تسببت عن خطأ السائق أثناء قيامه بعمله عند مخدومه وخطأ الخفير وهو يؤدى عملا لسيده ما كان يؤديه لو لم يكن خفيراً عنده» .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الخادم ، وهو السائس لا السائق ، غير مكلف من قبل مخدومه بقيادة السيارة وكان أجنبياً عن هذه الخدمة ، فاستعمل السيارة فى غفلة من المخدوم ، وصدم بها شخصاً فقتله ، فإن المخدوم لا يكون مسئولا عن فعله (نقض جنائى فى ٢٩ مارس سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٥٩ ص ١٠٥ — وانظر نقداً لهذا الحكم للأستاذ مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية ص ١٩٥ — ص ١٩٦) .

(١) يضاف إلى هذا الاعتبار فى هذا المثل بالذات أن الفراش لم يكن ليفكر فى ارتكاب الخطأ لولا وظيفته . وهذا هو المعيار الثانى الذى سننتقل إليه فيما يلى .

(٢) وقد دافع الأستاذ مصطفى مرعى عن هذا المعيار دفاعاً شديداً (أنظر كتابه فى المسئولية المدنية فقرة ٢٢٩ بوجه خاص) .

وكانت المحكمة فى غنى عن هذا المعيار الذى يفيض عن الحاجة فيما يتسع له[1]. فليس كافيا أن تكون الوظيفة ساعدت على إتيان الخطأ أو أنها هيأت الفرصة لارتكابه ، بل يجب فوق هذا إثبات أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة فعلاقة الوظيفة بالخطأ ليست فحسب أنها ساعدت عليه وهيأت الفرصة لارتكابه . بل هى أكثر من ذلك ، إذ هى ضرورية لإمكان وقوع الخطأ ، ولولاها لما استطاع التابع أن يأتى العمل الذى جعله مسئولا .

وأما معيار الفقه فيتلخص كما أسلفنا فى أن تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ[2] . والسببية المباشرة ، فوق ما تنطوى عليه من إبهام ، لا تزال أوسع من المعيار الذى نقول به . فقد تكون الوظيفة سبباً مباشراً للخطأ دون أن تكون ضرورية فى ارتكابه .

فنحن إذن نؤثر المعيار الذى قررناه ، ونذهب إلى أن الوظيفة يجب أن تكون ضرورية لارتكاب الخطأ[3] . وهذا هو المعيار الأول فى الخطأ بسبب الوظيفة ، استخلصناه من هذه الطائفة الأولى من الأحكام . وننتقل الآن إلى المعيار الثانى ، نستخلصه من الأحكام التى تنتظمها الطائفة الثانية .

الطائفة الثانية : (١) ارتكب موظف إدارى جريمة تحط من كرامة أشخاص ينتمون إلى الحزب المعارض لسياسة الحكومة ، لا مدفوعاً بعامل شخصى ، بل إرضاء للحكومة القائمة ، وابتغاء الزلفى عندها . فقضت محكمة جنايات المنصورة[4] بأن الحكومة تكون

---

(١) انظر فى هذا المعنى تعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٦٩ — ص ١٧٨ .

(٢) انظر تعليق الدكتور سليمان مرقس فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٥٥ وما بعدها ، وهو التعليق الذى سبقت الإشارة إليه . وانظر تعليقاً آخر له فى مجلة القانون والاقتصاد ١٧ العدد الثانى .

(٣) وقد رأينا فيما تقدم (فقرة ٦٨٢ فى الهامش) أنه لا يكفى القول بأنه لولا الوظيفة لما وقع الخطأ ، فهذه العبارة لا تفيد أكثر من قيام علاقة السببية المباشرة ما بين الوظيفة والخطأ ، ولا يفهم منها حتما أن الوظيفة كانت ضرورية لإمكان وقوع الخطأ .

(٤) جنايات المنصورة فى ١٥ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢١٤ ص ٣٧٨ .

مسئولة عن هذا الموظف ، وأيدت محكمة النقض[١] هذا الحكم .

(٢) رأى خادم سيده يتضارب مع شخص آخر ، فبادر إلى مساعدته ، وضرب الشخص الآخر ضرباً لم يقصد به قتله لكنه أفضى إلى موته . فقضت محكمة النقض بأن السيد يعتبر مسئولا عن نتيجة الأعمال التي ارتكبها الخادم في مصلحة سيده ، ولو كانت هذه النتيجة أشد خطورة مما كان يريده السيد[٢] .

(٣) نسب إلى عمال أحد المقاولين أنهم اعتدوا على أرض زراعية ، فغضب ناظر الزراعة واعتدى على هؤلاء العمال اعتداء مسلحاً . فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الدائرة التي يعمل ناظر الزراعة في خدمتها ، والتي وقع الاعتداء المسلح على العمال لحمايتها ، مسئولة عن عمل ناظر الزراعة ، سواء كان هذا العمل الذي قصد به الناظر مصلحتها قد أدى إلى نفعها أو عاد عليها بالضرر[٣] .

(٤) اتهم شخص بالسرقة ، فأراد وكيل شيخ الخفر أن يفرض عليه صلحاً لقاء مبلغ من النقود يدفعه لمن وقعت عليه السرقة ، ولما لم يجد معه نقوداً ضربه ضرباً أفضى إلى موته فاعتبرت محكمة النقض أن الحكومة مسئولة عن عمل وكيل شيخ الخفر ، وقالت في أسباب حكمها إن المجني عليه « كان تحت حراسة رجال الحفظ الذين منهم وكيل شيخ الخفر ، فإذا ما تعدى هذا الأخير عليه بالضرب في هذا الظرف ، كان هذا التعدي واقعاً منه أثناء تأدية وظيفته ، ولم يكن التفتيش والضرب إلا اعتماداً على تلك الوظيفة . وبذلك تكون

---

(١) نقض جنائي في ٧ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٨ ص ٢٦٧ .

(٢) نقض جنائي في ٥ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٥٠٣ ص ٦٠٦ وقضت محكمة بني سويف في هذا المعنى بأنه إذا تضارب عمدة مع شخص آخر ، فاعتدى خادم العمدة على هذا الشخص الآخر ، كان العمدة مسئولا عن فعل خادمه (بني سويف في ٣١ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٩٤ ص ٢٩٢) .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٣ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٧٤ . انظر أيضاً استئناف مختلط في ٢٠ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٠٧ .

الحكومة مسئولة مدنياً عن نتيجة خطأ المتهم طبقاً للمادة ١٥٢ مدنى (قديم) ، ولا تأثير للباعث على الجريمة وهو فرض الصلح على المجنى عليه فى الدعوى الحالية وعدم قيامه بدفع المبلغ المطلوب منه ، لأن نص تلك المادة صريح فى فرض المسئولية على المخدوم عن كل ما يأتيه الخادم حال تادية عمله بقطع النظر عن البواعث التى يمكن أن تكون قد دفعته إلى ارتكاب ما ارتكب ، ولأن أساس مسئولية المخدوم عن خطأ خادمه يرتكز على افتراض سوء الاختيار والنقص فى المراقبة . ويكفى لقيام هذا الافتراض أن يرتكب الخادم خطأ أثناء تأدية عمله ، سواء كان هذا الخطأ ناشئاً عن باعث شخصى له أو عن الرغبة فى خدمة المخدوم»[1] .

٥ — اعتدى سائق إحدى السيارات العامة على راكب بسبب ما أبداه الراكب من الاعتراض على السائق لعدم وقوفه عند محطة إجبارية ، فاعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة أن الشركة التى يعمل السائق فى خدمتها مسئولة عن خطأ هذا السائق[2] .

والمتأمل فى هذه الطائفة من الأحكام يستطيع أن يردها هى أيضاً إلى أصل واحد . ففى كل منها يرتكب التابع خطأ لم يكن ليفكر فى ارتكابه لولا الوظيفة . فالموظف الإدارى فى المثل الأول ما كان ليفكر فى الاعتداء على الأشخاص الذين ينتمون إلى الحزب المعارض لولا وظيفته ، وما ولدته هذه الوظيفة فى نفسه من الرغبة فى تملق الحكومة القائمة . والخادم فى المثل الثانى ما كان ليفكر فى ضرب المعتدى على سيده لولا أنه خادم هذا السيد . وناظر الزراعة فى المثل الثالث ما كان ليفكر فى الاعتداء على العمال لولا أنه يعمل فى خدمة الدائرة التى قصد حمايتها ووكيل شيخ الخفر فى المثل الرابع ما كان ليفكر فى ضرب المتهم لو لم يكن من رجال

---

(١) نقض جنائى فى ٨ نوفبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٤ رقم ١٠٩ ص ٩٠ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٩ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص٢٦٤ . كذلك يكون عامل النقل مسئولا عن عمل سائق عنده هتك عرض طفلة كان مكلفاً بنقلها (محكمة السين الفرنسية فى ٢٨ مايو سنة ١٨٧٢ داللوز ١٨٧٣ — ٣ — ٧) ، وعن سرقة عامل عنده لمتاع أحد الركاب (محكمة السين الفرنسية فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٠٩ داللوز ١٩٠٩ — ٥ — ٧٥) .

الحفظ وقد رغب فى إنهاء الحادث صلحاً . والسائق فى المثل الخامس ما كان ليفكر فى الاعتداء على الراكب لو لم يكن هو السائق للسيارة . ومن ثم فالمعيار الثانى الذى يستخلص من هذه الأمثلة هو أن التابع لم يكن ليفكر فى ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة .

فهناك إذن ميعاران للخطأ بسبب الوظيفة ، ويعتبر التابع قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته إما لأنه لم يكن ليستطيع ارتكاب هذا الخطأ ، وإما لأنه لم يكن ليفكر فى ارتكابه ، لولا الوظيفة(١) .

٦٧٥ — *الخطأ بمناسبة الوظيفة* : ويتبين مما تقدم أن المتبوع لايكون مسئولا إذا لم يكن خطأ التابع قد وقع بسبب الوظيفة على النحو الذى فصلناه ، بل كان هذا الخطأ قد

(١) وقد رأينا أن التابع يعتبر قد ارتكب خطأ بسبب وظيفته ، سواء حرضه المتبوع على هذا الخطأ أو لم يحرضه ، وسواء علم المتبوع بالخطأ أو لم يعلم ، وسواء عارض فيه أو لم يعارض . ورأينا كذلك أن الخطأ يكون بسبب الوظيفة حتى لو دفع التابع إلى ارتكابه حافز شخصى .

وبقى أن نقرر أن مسئولية المتبوع تنتفى ، ولو كان الخطأ بسبب الوظيفة ، إذا تبين أن المضرور قد عامل التابع وهو عالم بمجاوزته حدود وظيفته ، فإن المضرور فى هذه الحالة يكون قد عامل التابع بصفته الشخصية لا باعتباره تابعاً . وقد قضت محكمة النقض بأن معاملة التابع مع العلم بأنه لا يعمل لحساب متبوعه لا يجعل المتبوع مسئولا ، كمستخدم فى مصرف عومل على اعتبار أنه يعمل لحساب نفسه ، فلا يكون المصرف مسئولا عنه (نقض جنائى فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ رقم ١١٤ ص ٢٩٦) . فلو أن سائق السيارة اتفق مع صديق له على أن يختلس السيارة من سيده للتنزه بها معاً ، وارتكب السائق خطأ كان سبباً فى إصابة صديقه ، لم يكن صاحب السيارة مسئولا عن هذا الخطأ (الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ٩٦ ص ١١١ — أنظر أيضاً تعليقاً له فى مجلة القانون والاقتصاد ١٣ ص ١٨٠ — وانظر استئناف مختلط فى ٥ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٩١ — وفى ١٦ مارس ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٨) .

هذا والمعياران اللذان نأخذ بهما للخطأ بسبب الوظيفة يأخذ بهما معنا بعض الفقهاء فى مصر (محمد كامل مرسى فى الالتزامات ٢ فقرة ١٤٦) . ومن الفقهاء من يقف عند المعيار الأول دون الثانى ، فلا يكون الخطأ بسبب الوظيفة إلا إذا كان التابع لم يكن يستطيع ارتكاب هذا الخطأ لولا الوظيفة (عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥١١) . ومنهم من يستعمل تعبيراً آخر فيقول بوجوب سببية مباشرة بين الخطأ والوظيفة وذلك بمجاوزة التابع لحدود الوظيفة عن أحد طريقين ، إما بأن يتزيد فى أداء عمل من أعمالها وإما أن يسىء استعمال الوظيفة ، بحيث يثبت فى الحالتين أنه لولا الوظيفة ، ماوقع الخطأ (سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٣٠ وفقرة ١٣٢ — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٥٢٣ — وقارن حسين عامر فى المسئولية المدنية فقرة ٦٧٠) ومنهم من يتوسع كثيراً كما سنرى فيقول بتوافر الخطأ إذا كانت الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه (مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٢٠ — فقرة ٢٢٩)] .

وقع بمناسبة الوظيفة ، بأن اقتصرت الوظيفة على تيسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه ، ولكنها لم تكن ضرورية لإمكان وقوع الخطأ أو لتفكير التابع فيه . وإذا كانت محكمة النقض عندنا تقرر غير ذلك فيما تتقدم به من الأسباب لأحكامها ، وتذكر فى كثير من هذه الأسباب أنه يكفى لتحقق مسئولية المتبوع أن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو ساعدت عليه أو هيأت الفرصة لارتكابه ، فقد رأينا أنها كانت فى غنى عن هذا التوسع ، وأن أحكامها تستقيم فيما عرض لها من الأقضية لو أنها التزمت المبدأ الصحيح ، واشترطت أن يكون الخطأ قد وقع بسبب الوظيفة ، لا بمناسبة الوظيفة فحسب ، فإن الأحكام التى أصدرتها فى هذا الموضوع كان منطوقها لايتغير لو أقيمت أسبابها على هذا الأساس الدقيق . ولقد كان التقنين المدنى الجديد موفقاً كل التوفيق عندما جلا الغموض الذى يحيط بهذه المسألة ، فقد رأينا أنه نص صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ على أن « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » . فذكر الخطأ فى تأدية الوظيفة والخطأ بسبب الوظيفة ، وتجنب أن يذكر الخطأ بمناسبة الوظيفة أو الخطأ الذى تكون الوظيفة قد هيأت الفرصة لارتكابه[1] .

---

(١) وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد قد جارى محكمة النقض فيما درجت عليه من توسع يجاوز الحاجة ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع على أن « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع أثناء تأدية الوظيفة التى عهد بها إليه ، ويكون مسئولا كذلك إذا كانت الوظيفة قد هيأت الفرصة للتابع فى ارتكاب العمل غير المشروع حتى لو لم يكن هذا العمل من بين أعمال تلك الوظيفة » . وكذلك فعل المشروع النهائى والمشروع الذى أقره مجلس النواب . ولجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ هى التى أدخلت هذا التعديل الموفق على النص ، فجعلت « المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » ، وإن كانت قد ذكرت فى تقريرها أنها آثرت « أن تنسج على منوال التقنين الحالى (القديم) فى التعبير إبقاء على ما انتهى إليه القضاء من نتائج فى تفسير نص المادة ١٥٢ من القانون الحالى (القديم) » ، فلم تكن تحس وقت أن أدخلت هذا التعديل مقدار ما أصابت من التوفيق (أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٣ — ص ٤٢٠) .

[على أن محكمة النقض قد قضت بأن القانون المدنى إذ نص فى المادة ١٧٤ على أن « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته =

ونأتى بأمثلة للخطأ الذى تهيىء الوظيفة الفرصة لارتكابه وهو الخطأ بمناسبة الوظيفة ، لنتبين الفرق بينه وبين الخطأ بسبب الوظيفة .

=أو بسببها » قد أقام هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، مرجعه إلى سوء اختياره لتابعه وتقصيره فى رقابته ، والقانون إذ حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكون العمل غير المشروع واقعاً من التابع « حال تأدية الوظيفة أو بسببها » لم يقصد أن تكون المسئولية مقصورة على خطأ التابع وهو يؤدى عملا داخلاً فى طبيعة وظيفته ويمارس شأناً من شئونها ، أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ وأن تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضاً كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله الضار غير المشروع ، أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكب التابع فعله لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى ، وسواء كان الباعث الذى دفعه إليه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها ، إذ تقوم مسئولية المتبوع فى هذه الأحوال على أساس استغلال التابع لوظيفته وإساءته استعمال الشئون التى عهد المتبوع إليه بها متكفلا بما افترضه القانون فى حقه من ضمان سوء اختياره لتابعه وتقصيره فى مراقبته ، وهذا النظر الذى استقر عليه قضاء محكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم قد اعتنقه الشارع ولم ير أن يحيد عنه كما دلت عليه الأعمال التحضيرية لتقنين المادة رقم ١٧٤ من القانون المدنى : (نقض جنائى فى ٧ يونية سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٣١٦ ص ١٠٧٥) — ثم عادت محكمة النقض وقضت بأن مفاد نص الفقرة الأولى من المادة ١٧٤ من القانون المدنى أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى وقع الخطأ من التابع وهو يقوم بأعمال وظيفته ، أو أن يقع الخطأ منه بسبب هذه الوظيفة ، وأنه يكفى أن تكون هناك علاقة سببية قائمة بين الخطأ ووظيفة التابع بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو ما كان يفكر فيه لولا الوظيفة . ويستوى أن يتحقق ذلك عن طريق مجاوزة التابع لحدود وظيفته ، أو عن طريق الإساءة فى استعمال هذه الوظيفة ، أو عن طريق استغلالها . ويستوى كذلك أن يكون خطأ التابع قد أمر به المتبوع أو لم يأمر به ، علم به أو لم يعلم ، كما يستوى أن يكون التابع — فى ارتكابه الخطأ المستوجب للمسئولية — قصد خدمة متبوعه ، أو جر نفع لنفسه — يستوى كل ذلك ما دام التابع لم يكن ليستطيع ارتكاب الخطأ لولا الوظيفة .

فإذا أثبت الحكم أن المتهم يعمل سائق سيارة لدى المسئول عن الحقوق المدنية وكانت وظيفته هذه قد يسرت له الحصول على الأسمنت بعد إثبات رقم سيارته على التصاريح المزورة وان هذه الوظيفة هى السبب الذى مكن المتهم من مقارفة ما أسند إليه — وهو سبب مناسب فى ذاته لتحقق مسئولية المتبوع أساسه استغلال التابع لوظيفته — فإن القضاء بمسئولية كل من المتهم والمسئول عن الحقوق المدنية هو قضاء سليم من ناحية القانون : نقض جنائى فى ١٢ يناير سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض الجنائية السنة ١١ رقم ٨=

لو أن سائق السيارة ، بدلا من أن يعتدى على الراكب معه مما يجعل الخطأ واقعاً بسبب الوظيفة فيما قدمناه ، كان يضمر الحقد لخصم له ، فقصد الانتقام منه ، وتعقبه فى الطريق ، وانتهز فرصة قيادته للسيارة فدهسه بها ، لم يكن صاحب السيارة مسئولا عن عمل السائق ، لأن السائق كان ينوى الإضرار بخصمه ، سواء كان ذلك بدهسه أو بأن يلحق به أى نوع آخر من أنواع الأذى ، فلم تكن وظيفة السائق ضرورية لارتكاب الخطأ ، بل اقتصرت على تيسيره وهيأت الفرصة لوقوعه . ويكون الخطأ فى هذه الحالة قد وقع ، لا بسبب الوظيفة ، بل بمناسبة الوظيفة .

ولو أن طاهياً أمسك بالسكين التى يستخدمها فى عمله ، وطعن بها القصاب الذى يشترى منه اللحم لسيده لشجار بينهما بسبب هذا التعامل ، كان هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهى لم يكن ليفكر فى الاعتداء على القصاب لولا وظيفته . ولكن هذا الطاهى نفسه ، لو كان له خصم يريد إيذاءه ، فذهب إليه حيث يسكن ، وأخذ السكين معه وطعنه بها ، لم يكن هذا خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الطاهى لو لم يجد هذه السكين لعثر على غيرها ، فوظيفته لم تكن ضرورية لارتكاب الخطأ ، بل اقتصرت على أن تيسر له ارتكابه ، وأن تهيىء له الفرصة فى ذلك ، فالخطأ هنا لم يقع بسبب الوظيفة ، بل بمناسبة الوظيفة ، ولذلك لا يكون السيد مسئولا عن عمل الطاهى .

ولو أن الخفير الذى أحب امرأة متزوجة فاستدرج زوجها إلى دركه ليلا وقتله

= ص ٥٤ بيد أن محكمة النقض أصدرت حكماً حديثاً قضت فيه بأن المشرع أقام مسئولية المتبوع على أساس خطأ مفترض من جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس يرجع إلى سوء اختيار تابعه وتقصيره فى رقابته وأن المشرع لم يقصد أن تكون تلك المسئولية مقصورة على عمل التابع وهو يؤدى عملا داخلا فى طبيعة وظيفته أو أن تكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ أو تكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضاً كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان الفعل الضار غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه : (نقض جنائى فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ١٧٥ ص ٩٥٤) .

لتخلص له الزوجة ، فارتكب خطأ بسبب الوظيفة على النحو الذى قدمناه ، لم يتذرع بوظيفته فى التضليل بالزوج ، بل ذهب إليه فى مسكنه ، وفى غير وقت العمل ، وأطلق عليه عياراً نارياً من سلاح الحكومة فقتله ، لم يكن هذا العمل خطأ بسبب الوظيفة ، لأن الخفير كان يستطيع قتل الزوج بسلاح آخر غير السلاح الذى تسلمه من الحكومة ، وإنما يسر له سلاح الحكومة ارتكاب جريمته ، وهيأ له الفرصة فى ذلك . فيكون الخطأ الذى وقع منه خطأ بمناسبة الوظيفة ، ولا تكون الحكومة مسئولة عنه[1] . وقد سبق أن رأينا أن الخفير ، وهو يضبط المتهم ، فيطلق عياراً نارياً عن خطأ فيصيب مقتلا منه ، يكون قد ارتكب خطأ فى تأدية الوظيفة . فهذا عيار نارى يطلقه الخفير ، يكون خطأ : تارة فى تأدية الوظيفة ، وطوراً بسبب الوظيفة ، وثالثة بمناسبة الوظيفة .

٦٨٦ — **الخطأ الأجنبى عن الوظيفة :** وإذا كان الخطأ بمناسبة الوظيفة لا يجعل المتبوع مسئولا عن عمل تابعه ، فأولى بالخطأ الأجنبى عن الوظيفة أن يكون له هذا الحكم .

ومن أمثلة الخطأ الأجنبى عن الوظيفة ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا كان الثابت بالحكم أن حادث القتل المطلوب التعويض عنه قد وقع خارج المصنع الذى يعمل فيه القتيل وفى غير أوقات العمل ، وأن مرتكبيه من عمال المصنع قد دبروه فيما بينهم

---

(١) [قارن حكم محكمة النقض الذى قضى بأنه متى كان الثابت أن التابع هو مستخدم لدى وزارة الداخلية فى وظيفة بوليس ملكى وأن الوزارة سلمته لمقتضيات وظيفته سلاحاً نارياً وتركته يحمله فى جميع الأوقات وأنه ذهب حاملا هذا السلاح إلى حفلة عرس دعى إليها وهناك أطلق السلاح إظهاراً لمشاعره الخاصة فاصاب أحد الحاضرين ، فإن وزارة الداخلية تكون مسئولة عن الأضرار التى أحدثها تابعها بعمله هذا غير المشروع ولا يؤثر فى قيام مسئوليتها أن يكون تابعها قد حضر الحفل بصفته الشخصية ما دام عمله الضار غير المشروع متصلا بوظيفته مما يجعله واقعاً منه بسبب هذه الوظيفة وذلك وفقاً لحكم المادة ١٥٢ مدنى قديم الذى لا يفترق فى شىء عن حكم المادة ١٧٤ من القانون المدنى الجديد : نقض مدنى فى ٣ من مايو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٨٠ ص ٥٨٢] .

خارج المصنع أيضاً عشية وقوعه ، فلا يصح اعتبار أنهم ارتكبوه أثناء تأدية وظيفتهم لدى صاحب المصنع ، وبالتالى لا يصح إلزامه بالتعويض عنه مهما كان سببه أو الدافع إليه ، مادامت العلاقة الزمنية والمكانية منعدمة بينه وبين العمل الذى يؤديه الجناة لمصلحة صاحب المصنع[١] .

وقضت محكمة جنايات طنطا بأن الحكومة غير مسئولة عن جناية ارتكبها أحد رجال البوليس فى وقت كان فيه متغيباً عن عمله فى أجازة رسمية[٢] .

---

(١) نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦ . وقد قرر هذا الحكم أن أحكام مسئولية المتبوع عن التابع واحدة فى القانونين المصرى والفرنسى ، ثم بحث عن الأساس الذى تقوم عليه هذه المسئولية . فقال فى هذا المعنى إن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) تقتضى لمساءلة المخدوم أن يكون الضرر الذى أصاب الغير ناشئاً عن فعل الخادم فى حال تأدية وظيفته (en exerçant ses fonctions) ، تلك العبارة التى يقابلها فى المادة ١٣٨٤ من القانون الفرنسى (dans les fonctions auxquelles ils les ont employés) والعبارتان مؤداهما واحد ، ولا فرق بينهما إلا من حيث إن النص فى القانون المصرى قد لوحظ فيه دقة التعبير عن المعنى المقصود . والمادة المذكورة إذ جعلت المسئولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى مقتضاها ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء — على كثرة ما قيل فى صدد تسويغه — أساسه أن شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً . لذلك يكون من المتعين عدم الأخذ بهذا الاعتبار إلا فى الحدود المرسومة فى القانون ، وهى أن يكون الضرر واقعاً من التابع أثناء قيامه بوظيفته . وبما أن مسئولية المخدوم عن خطأ خادمه ، وإن كانت محل خلاف من حيث وجوب اتصال الفعل الضار بالوظيفة إذا كان قد وقع أثناء القيام بها أو عدم وجوب اتصالها بها ، إلا أنه لاجدال فى أن الحادث الموجب للمسئولية يجب أن يكون قد اقترفه التابع فى وقت لم يكن قد تخلى فيه عن عمله عند المتبوع وانقطعت الصلة فيه بينهما ولو مؤقتاً ، وأصبح التابع بذلك حراً يفعل ما يريد ويتصرف كما يشاء تحت مسئوليته وحده ذلك لأن مسئولية المتبوع إنما تقوم على ما للسيد من حق إصدار أوامره وتعليماته إلى تابعه والتمكن من ملاحظته فى تنفيذ ما عهد به إليه . فإذا افلت هذا الزمام من يد المتبوع كان التابع غير قائم بوظيفته ، وكان المتبوع من ثم غير مسئول عن تصرفاته بحال ما .

ومهما يكن من وجاهة هذه الأسباب ، فإن هناك محلا للتحفظ فى هذه القضية . ذلك أن القتيل كان رئيساً لعمال المصنع ، وقد قتلوه انتقاماً منه ، لضربه واحداً منهم لاحظ عليه مخالفته التعليمات . فيمكن القول إن العمال ما كانوا ليفكروا فى ارتكاب جريمتهم لولا الوظيفة ، ويكون الخطأ الذى صدر منهم قد وقع بسبب الوظيفة ، فتقوم مسئولية صاحب المصنع باعتباره مخدوماً للعمال .

(٢) جنايات طنطا فى ٥ فبراير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٥ رقم ٣٣ ص ٣٤ . كذلك لا يكون المخدوم مسئولا إذا سرق خادمه متاعاً من المنزل الذى يقيم فيه بعيداً عن سيده ، أو سرق شيئاً من مطعم يتردد عليه ، =

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المصلحة لاتكون مسئولة عن الضرر الذى أصاب شخصاً من جراء حادث من حوادث الصيد وقع بخطأ من الحارس وهو يصطاد فى غير ساعات العمل[1] .

وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الذى يتدخل دون حق فى عملية تسليم البضائع ، فيوجه مباشرة أوامر للحمالين ، ويخالف بذلك اللوائح ، ليس له أن يرجع على إدارة الجمارك بالضرر الذى يحدثه الحمالون وهم ينفذون أوامره[2] . وهنا نرى أن التابع ، وهم الحمالون ، قد ارتكب الخطأ الأجنبى عن الوظيفة فى المكان وفى الزمان اللذين يؤدى فيهما الوظيفة . فليس من الضرورى إذن ، حتى يكون الخطأ أجنبياً عن الوظيفة ، أن يكون منقطع الصلة بها فى الزمان أو فى المكان[3] .

= أو بدد وديعة اؤتمن عليها بصفته الشخصية (مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٠ ص ٢٠٧) .

[وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٧٤ من القانون المدنى إذ نصت على مسئولية المتبوع عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، قد جعلت ذلك منوطاً بان يكون هذا العمل واقعاً منه فى حالة تأدية وظيفته ، أو بسببها ، وإذن فتى كان الخفير المتهم لم يكن عند ارتكابه جريمة القتل يؤدى عملا من أعمال وظيفته ، ما دام كان قد تخلى عن عمله الرسمى وغادر منطقة حراسته للطرق الزراعية خارج البلدة ، إلى مكان الحادث ، داخل البلدة ، إذ خف إليه عندما سمع بالمشاجرة للاعتداء على خصومة وقتل المجنى عليه ، وكان المتهم لم يرتكب جريمته بسبب الوظيفة وإنما قتل المجنى عليه لنصرة فريقه ولشفاء ما يحمله من غل وحقد نحو خصومه وانتقاماً منهم — متى كان ذلك فإن وزارة الداخلية لا تكون مسئولة عن جريمة خفيرها ما دامت وقعت خارج منطقة حراسته ولم تكن فى حالة تأدية وظيفته ولا بسببها .

نقض جنائى فى ١٩٥٤/١/٢٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ رقم ٩٣ ص ٢٩١] .

(١) استئناف مختلط فى ٣ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٧ ، وقد تكون « البندقية » التى كان الحارس يصطاد بها سلمت له بحكم محله ، فتكون الوظيفة قد ساعدت على ارتكاب الخطأ ، وننتقل بذلك من خطأ أجنبى عن الوظيفة إلى خطأ بمناسبة الوظيفة ، ولكن فى الحالتين لا مسئولية على المتبوع .

(٢) استئناف مختلط فى ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٣١ — وانظر أيضا محكمة مصر التجارية المختلطة فى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ٢٠٠ ص ١٩٢ .

(٣) انظر فى هذا المعنى الأستاذ مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٠ — وقد أورد مثل من يرسل خادمه ليشترى له شيئا من السوق ، فيتشاجر الخادم فى الطريق مع آخر ويعتدى عليه ، فلا يكون =

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه مسئولية المتبوع

٦٨٧ — مسألتاله : متى تحققت مسئولية المتبوع بتوافر الشرطين اللذين تقدم ذكرهما — علاقة التبعية وخطأ فى تأدية الوظيفة أو بسببها — قامت هذه المسئولية على أساس ينبغى تحديده . وهى على كل حال لا تجبّ مسئولية التـابع ، بل تقوم إلى جانبها .

فنتكلم فى مسألتين : (١) تكييف مسئولية المتبوع . (٢) قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع .

§ ١ — تـكييف مسئولية المتبوع

٦٨٨ — آراء مختلفة : بعد أن بينا الشرطين الواجب توافرهما حتى يقوم مسئولية المتبوع عن التابع ، بقى أن نكيف هذه المسئولية التـكييف الذى يتلاءم مع هذين الشرطين .

وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن مسئوليـة المتبوع عن التابع تقوم على خطأ

= المخدوم مسئولا . وأورد أيضاً مثل الموظف يستقبل فى مكتبه وفى وقت عمله دائناً له ، وتقوم مشادة بين الاثنين بسبب الدين ، فيعتدى الموظف على الدائن بالضرب ، فلا يكون المخدوم مسئولا .

[وقد قضت محكمة النقض بأن من المقرر أنه يخرج عن نطاق مسئولية المتبوع ما يرتكبه التابع من خطأ لم يكن بينه وبين ما يؤدى من أعمال الوظيفة ارتباط مباشر ولم تكن هى ضرورية فيما وقع من خطأ ولا داعية إليه — فإذا كان دخل عامل بصيدلية منزل المجنى عليه الذى يشتغل صيدلياً بها بعد منتصف الليل بحجة إسعافه من مغص مفاجىء ثم قتله ، فإنه لا يسوغ مساءلة صاحب الصيدلية بصفته مسئولا عن أعمال تابعه العامل بالصيدلة المتهم إذ الأخير لم يكن وقت ارتكابه الجريمة يؤدى عملا من أعمال وظيفته وإنما وقعت الجريمة منه خارج زمان الوظيفة ومكانها ونطاقها وبغير أدواتها ومن ثم فلا تلحقها مسئولية المتبوع :

نقض جنائى فى ١٣/١٢/١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ رقم ١٧٥ ص ٨٩٧] .

مفترض (faute présumée) فى جانب المتبوع . وأخذ بهذا الرأى كثير من أحكام القضاء . ولكن الرأى أصبح منتقداً ، وكاد يصبح رأياً مرجوحاً . وقام إلى جانبه آراء أخرى مختلفة . فهناك من يقول بأن مسئولية المتبوع تقوم على فكرة تحمل التبعة (idée de risque) وآخرون يقولون بل تقوم على فكرة الضمان (idée de garantie) . وذهب بعض إلى أنها تقوم إما على فكرة النيابة (idée de représentation) ، وإما على فكرة الحلول (idée de substitution) .

والمتأمل فى هذه الآراء الخمسة يستطيع أن يردها إلى أصلين . فإما أن تكون مسئولية المتبوع عن التابع مسئولية ذاتية (responsabilité personnelle) ، أو هى مسئولية عن الغير (responsabilité pour autrui) .

فإذا قدرنا أنها مسئولية ذاتية رددناها إلى اعتبار فى شخص المتبوع : خطأ فى جانبه وهذا هو الخطأ المفترض ، أو نفع يجنيه لنفسه وهذا هو تحمل التبعة .

وإذا قدرنا أنها مسئولية عن الغير رددناها إلى اعتبار فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع : فإما أن تعتبر المتبوع كفيلا للتابع وهذا هو الضمان ، وإما أن نعتبر التابع نائباً عن المتبوع وهذه هو النيابة ، وإما أن نعتبر شخصية التابع امتداداً لشخصية المتبوع وهذا هو الحلول .

والصحيح فى نظرنا أن مسئولية المتبوع عن التابع ليست مسئولية ذاتية ، بل هى مسئولية عن الغير[١] . ولعلها هى المسئولية الوحيدة عن الغير فيما قرره القانون من

---

(١) وقد كنا نأخذ برأى آخر فى الموجز (فقرة ٣٠٣) فكنا نقول بأن مسئولية المتبوع عن تابعه مبنية على خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الثابت أن الموظف قد ارتكب الخطأ الموجب لمسئوليته حال تادية عمله واعتماداً على سلطة وظيفته ولم يقع خطأ شخصى من جانب الحكومة عند مقارفة الموظف لهذا الخطأ الذى أقيم عليه الحكم بالتعويض المدنى ، فتكون مسئولية الحكومة بهذا الوصف هى مسئولية المتبوع عن تابعه =

مسئوليات مختلفة . فإن مسئولية متولى الرقابة مسئولية ذاتية كما رأينا[١] . وسنرى أن المسئولية عن الحيوان وعن البناء وعن الأشياء هى أيضاً مسئولية ذاتية تقوم على خطأ فى جانب المسئول نفسه . فلا يبقى إلا مسئولية المتبوع عن التابع ، وهذه هى المسئولية عن الغير .

ومتى قررنا أن مسئولية المتبوع عن التابع هى مسئولية عن الغير ، يستوى عندنا بعد ذلك أن تقوم على فكرة الضمان أو على فكرة النيابة أو على فكرة الحلول ، فكلها تؤدى إلى نتيجة رئيسية واحدة ، وإن اختلفت فى بعض التفصيلات .

ونستعرض الآن ، بعد هذا التمهيد ، الآراء الخمسة التى سبقت الإشارة إليها : الخطأ المفترض وتحمل التبعة والضمان والنيابة والحلول .

٦٨٩ — *الخطأ المفترض* : هذا الرأى هو أقدم الآراء الخمسة ، وكان هو الرأى التقليدى السائد إلى عهد قريب. ويتلخص فى أن المتبوع يقوم فى جانبه خطأ مفترض : خطأ فى الرقابة أو خطأ فى التوجيه أو خطأ فى الاختيار ، أو خطأ فيها جميعاً . وهذا الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس . فالتابع إذا ارتكب خطأ كان المتبوع مسئولا عنه بمقتضى خطأ آخر نفترضه قائماً فى جانب المتبوع ، فإما أن يكون المتبوع قد قصر فى اختيار تابعه ، أو قصر فى الرقابة عليه ، أو قصر فى توجيهه . وهذا التقصير نفترضه افتراضاً ، ولا نقبل من المتبوع أن يقيم الدليل على أنه لم يقصر .

= فهى ليست مسئولية ذاتية عن خطأ شخصى وقع منها وإنما تقوم مسئوليتها على أساس الخطأ الحاصل من الغير وهو الموظف التابع لها وبذلك تكون متضامنة مع تابعها ومسئولة قبل المضرور عن أفعاله غير المشروعة وفقاً للمادة ١٥٢ من القانون المدنى القديم وليست مسئولة معه بصفتها مدينة :

نقض مدنى فى ١٦/١٢/١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٣٥ ص ٢٧٠] .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٧١ فى الهامش .

وقد قال بهذا الرأى ، كما قدمنا ، كثير من الفقهاء والمحاكم فى مصر وفى فرنسا[١] .

(١) وقد كنا ، كما سبق القول ، ممن يقول بهذا الرأى ، وقد جاء فى الموجز (فقرة ٣٥٣) فى هذا الصدد ما يأتى : « مسئولية المتبوع عن تابعه ، فى الحدود التى بيناها ، مبنية على خطأ فى « التوجيه والرقابة » وهو خطأ مفروض فى جانب المتبوع لا يكلف المدعى بإثباته . وليس على هذا إلا أن يثبت خطأ التابع ، فيفرض أن المتبوع قد قصر فى توجيه تابعه أو فى رقابته حتى وقع منه هذا الخطأ . والخطأ المفروض فى جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس ، فلا يجوز للمتبوع أن يتخلص من المسئولية بإثبات أنه قد اتخذ جميع الاحتياطات المعقولة لتوجيه تابعه والرقابة على أعماله ، كما يستطيع ذلك من يتولى رعاية شخص آخر فيما قدمناه » .

أنظر أيضاً حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٥٠٩ (وهو ينتهى بأن هذه المسئولية لا يمكن ردها إلى أساس من المنطق مستقيم ، ولا مناص من التسليم بها كما أرادها القانون والقضاء) . وانظر كذلك مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية ٢٣٢ .

وقد صدرت من محكمة النقض أحكام كثيرة فى معنى الخطأ المفترض . من ذلك ما قضت به هذه المحكمة من أن « ضمان السيد يقوم قانوناً على مظنة خطئه فى اختياره خادمه وفى مراقبته إياه ، بما له عليه من حق التأديب والفصل من الخدمة . وهى مظنة قانونية تعفى المضرور من إثبات خطأ من المخدوم فى اختيار الخادم أو فى مراقبته . ولا يعفى السيد من الضمان إلا إذا أثبت أن الحادث الضار قد نشأ عن قوة قاهرة لا شأن فيها لخادمه أو عن خطأ المجنى عليه نفسه » (نقض جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ — ويلاحظ أن المحكمة هنا قد أعفت المتبوع من المسئولية عندما ينفى هذه المسئولية لا عن نفسه هو بل عن تابعه ، فتنتفى المسئولية عن المتبوع لا ابتداء بل تبعاً لانتفائها عن التابع — انظر أيضاً نقض جنائى فى ٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٣ رقم ١ ص ١) . ومن ذلك أيضاً ما قضت به من أن « هذه المسئولية (مسئولية المتبوع) مفترضة افتراضاً قانونياً » (نقض مدنى فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨) ، وما قضت به من « أن أساس مسئولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض فى جانب المتبوع من الخطأ والتقصير فى اختيار التابع أو فى رقابته » (نقض جنائى فى ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٢٠١ ص ٥٨٣) ، وما قضت به من أن المتبوع يجب أن يسأل « على أساس إساءة الخدم استعمال شؤون الخدمة التى عهد هو بها إليهم ، متكفلا بما افترضه القانون فى حقه من وجوب مراقبتهم وملاحظتهم فى كل ما تعلق بها » (نقض جنائى فى ٢٢ أبريل سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ١٨ ص ١٩ — وانظر أيضاً فى هذا المعنى : نقض جنائى فى ٢٧ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٥٩ ص ٨٥٢) ، وما قضت به من « أن مسئولية السيد أساسها خطأه بسوء اختيار من عهد إليهم بخدمته وبتقصيره فى مراقبتهم ، وهذه (المسئولية) ليست إلا تطبيقاً خاصاً لقواعد المسئولية الشخصية ، إلا أن الشارع قد أراد أن يجعل من خطأ الخادم قرينة قاطعة . على خطأ سيده ، فلم يغنه عموم نص المادة ١٥١ (القديمة) » (نقض مدنى فى ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٥ ص ٢٦٠) .

وجاء فى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الجديد ما يفيد أن مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض . ومن ذلك ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى من أن « المشروع جعل من الخطأ المفترض أساساً لهذه المسئولية » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٤) . ومن ذلك ما وقع فى لجنة المراجعة من أن أحد أعضاء هذه اللجنة أثار مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز « فأجيب بأنه ما دامت المسئولية هنا مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٥) . =

والذى يؤخذ على هذا الرأى أنه يؤدى إلى نتيجتين لا يصح التسليم بهما . وهما :

(أولا) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس ، لأمكن للمتبوع فى القليل أن يتخلص من هذه المسئولية إذا هو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بواجبه فى الاختيار والرقابة والتوجيه بما ينبغى من العناية ، أى إذا نفى علاقة السببية بين الضرر الذى وقع والخطأ المفترض فى جانبه[1] . وهذا

= ومن ذلك ما انتهى إليه رأى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ من أن « خطأ الخادم مفروض فيه أنه يرجع لسوء اختياره من قبل السيد ، فالخطأ مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، وهذا هو ما أجمع عليه القضاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١٩ — انظر أيضاً ص ٤١٨) . ولا نظن أن الأعمال التحضيرية ، على صراحتها فى أن مسئولية المتبوع تقوم على خطأ مفترض ، تقيد الفقه فى اجتهاده ، إذا هو ذهب إلى أساس آخر لهذه المسئولية فى ظل التقنين الجديد .

[على أن محكمة النقض قد قضت بأن القانون المدنى إذ نص فى المادة ١٧٤ على أن « يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها » قد أقام هـذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب المتبوع فرضاً لا يقبل إثبـات العـكس ، مرجعه إلى سوء اختياره لتابعه وتقصيره فى رقابته ، والقانون إذ حدد نطاق هذه المسئولية بأن يكون العمل غير المشروع واقعاً من التابع « حال تأدية الوظيفة أو بسببها » لم يقصد أن تكون المسئولية مقصورة على خطأ التـابع وهو يؤدى عملا داخلا فى طبيعة وظيفته ويمارس شأناً من شئونها ، أو أن تـكون الوظيفة هى السبب المباشر لهذا الخطأ وأن تـكون ضرورية لإمكان وقوعه ، بل تتحقق المسئولية أيضاً كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هـذه الوظيفة على إتيان فعله الضار غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه ، سواء ارتكب التابع فعله لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصى ، وسواء كان الباعث الذى دفعه إليه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها ، إذ تقوم مسئولية المتبوع فى هذه الأحوال على أساس استغلال التابع لوظيفته وإساءته استعمال الشئون التى عهد المتبوع إليه بها متكفلا بما افترضه القانون فى حقه من ضمان سوء اختياره لتابعه وتقصيره فى مراقبته وهذا النظر الذى استقر عليه قضاء محـكمة النقض فى ظل القانون المدنى القديم قد اعتنقه الشارع ولم ير أن يحيد عنه كما دلت عليه الأعمال التحضيرية لتقنين المادة رقم ١٧٤ من القانون المدنى (نقض جنائى فى ١٩٥٥/٦/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٣١٦ ص ١٠٧٥ ونقض جنائى فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ١٥٧ ص ٩٠٤)] .

ومن الفقهاء الفرنسيين الذين يقولون بالخطأ المفترض بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٩١١ — ديمولومب ٨ فقرة ٦١٠ — لوران ٢٠ فقرة ٥٧٠ وما بعدها — بيدان فقرة ١٢١١ . ومن ذلك ترى أن الخطأ المفترض هو الرأى التقليدى فى فرنسا فى هذه المسـألة . وانظر فى الأحكام الفرنسية التى أخذت بهذا الرأى مازو ١ فقرة ٩٣١ فى الهامش .

(١) وقد رأينا أن متولى الرقابة يستطيع التخلص من المسئولية على هذا الوجه ، كما يستطيع التخلص بإثبات أنه قام بواجب الرقابة (انظر آنفاً فقرة ٦٧٣) ، لأن افتراض الخطأ فى جانبه قابل لإثبات العكس ، فيستطيع =

مالا يستطيعه بإجماع الفقه والقضاء . نعم هو يستطيع نفى علاقة السببية ما بين الضرر الذى وقع وخطأ التابع لا خطئه هو ، فيتخلص من المسئولية ، ولكن لا عن طريق أنه غير مسئول عن تابعه ، بل عن طريق أن التابع نفسه غير مسئول ، ومسئولية المتبوع لا تقوم كما قدمنا إلا تبعاً لمسئولية التابع[1] . ولكنه لا يستطيع التخلص من المسئولية بإثبات أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر[2] . ولو أنه أثبت ذلك ، فنفى علاقة السببية بين الضرر وخطئه المزعوم ، لبقى مع ذلك مسئولا عن تابعه . وفى هذا دليل قاطع على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على خطأ مفترض ، بل لا تقوم على خطأ أصلا ، إذ أن المسئولية التى تقوم على خطأ ، حتى لو كان هذا الخطأ مفترضاً وحتى لو كان الافتراض غير قابل لإثبات العكس ، ترتفع بنفى علاقة السببية . وقد رأينا هنا أن مسئولية المتبوع لا ترتفع بنفى هذه العلاقة[3] .

= نفى المسئولية بإثبات العكس كما يستطيع نفيها بنفى علاقة السببية . وهذا هو أيضاً شأن المتبوع فى التقنين المدنى العراقى ، فقد نص هذا التقنين (م ٢١٩/٢) على ما يأتى : « ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغى من العناية لمنع وقوع الضرر أو أن الضرر كان لا بد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية » . فيستطيع المخدوم إذن فى التقنين العراقى دفع المسئولية إما بنفى الخطأ وإما بنفى علاقة السببية .

(١) انظر فى هذا المعنى : نقض جنائى فى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٦٧ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم وإلى هذه الملاحظة .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى للقانون الجديد يتضمن نصاً بهذا المعنى (الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٢ من هذا المشروع) وقد حذفته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وإن كانت قد ذكرت فى تقريرها سبباً لهذا الحذف أن حكم الفقرة المحذوفة « يفضى إلى جعل قرينة المسئولية من قبيل القرائن البسيطة فى هذه الحالة ، ولا محل للعدول عما قرره القانون الحالى (القديم) من جعل هذه القرينة قاطعة لا تسقط بإثبات العكس » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٠) — وفى هذا خلط واضح بين نفى الخطأ ونفى علاقة السببية .

(٣) على أن هناك من التقنينات الحديثة ما يقيم مسئولية المتبوع على خطأ مفترض ، بل يتشدد فى هذا الافتراض إلى حد أن يجعله غير قابل لإثبات العكس ، فيجيز للمتبوع نفى الخطأ (أنظر فى هذا المعنى التقنين الألمانى م ٨٣١ وتقنين الالتزامات السويسرى م ٥٥ والتقنين الصينى م ١٨٨ . ويصل التقنين النمساوى م ١٣٨٥ إلى حد أن يجعل المضرور مطالباً بإثبات الخطأ فى جانب المتبوع) . ويمكن القول إن التقنينات الجرمانية أكثر تساهلا فى مسئولية المتبوع من التقنينات اللاتينية ، فهذه لا تجيز للمتبوع حتى أن ينفى علاقة السببية =

(ثانياً) لو كانت مسئولية المتبوع مبنية على خطأ مفترض لسقطت مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز . فقد رأينا أن غير المميز لا يتصور ارتكابه للخطأ ، فكيف يتصور افتراض الخطأ جانبه ! وفى الحالات النادرة التى يكون فيها غير المميز مسئولا ، تكون مسئوليته قائمة لا على الخطأ ، بل على تحمل التبعة كما رأينا . فإذا عرفنا أن المتبوع حتى لو كان غير مميز يكون مسئولا عن تابعه ، أدركنا أن مسئولية المتبوع لا يمكن أن تكون مبنية على الخطأ . وقد رأينا فيما قدمناه[1] أن المتبوع قد يكون صغيراً أو غير مميز ، فينوب عنه نائبه ، من ولى أو وصى أو قيم ، فى القيام بالرقابة على التابع وفى توجيهه وهذا ما قضت به محكمة النقض فى مصر فى حكمين معروفين[2] . وفى ذلك دليل آخر على أن مسئولية المتبوع لا تقوم على الخطأ .

= (انظر التقنين الفرنسى م ١٣٨٤ فقرة ثالثة — المشروع الفرنسى الإيطالى م ٧٩ — التقنين المصرى القديم م ١٥٢/٢١٤ — التقنين المصرى الجديد م ١٧٤ — تقنين كويبك م ١٠٥٤ فقرة ٧ — وعلى هذا النهج سار التقنين البولونى م ١٤٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٦٧٩ فى آخرها .

(٢) قضت محكمة النقض بأن القاصر يسأل فى ماله عن خطأ خادمه عملا بالمادة ١٥٢ مدنى (قديم) ، ولا يحمل عنه وصيه هذه المسئولية (نقض مدنى فى ١٢ نوفبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ٢ رقم ٥ ص ٨) . وقضت أيضاً بأن المادة ١٥٢ من القانون المدنى (القديم) ، إذ نصت بصيغة مطلقة على أنه « يلزم السيد بتعويض الضرر الناشىء للغير عن أفعال خدمه متى كان واقعاً منهم فى حال تأدية وظائفهم » ، فقد أفادت أنه لا يقتضى ثبوت أى تقصير أو إهمال من جانب المتبوع الذى يلزم بالتعويض ، بل يكفى لتطبيقها أن يكون الخطأ المنتج للضرر قد وقع من التابع أثناء تأدية وظيفته لدى المتبوع . وإذن فيصح بناء على هـذه المادة مساءلة القاصر عن تعويض الضرر الذى ينشأ عن أفعال خدمه الذين عينهم له وليه أو وصيه أثناء تأدية أعمالهم لديه . ولا يرد على ذلك بأن القاصر بسبب عدم تمييزه لصغر سنه لا يتصور أى خطأ فى حقه ، إذ المسئولية هنا ليست عن فعل وقع من القاصر فيكون للادراك والتمييز حساب ، وإنما هى عن فعل وقع من خادمه أثناء تأدية أعماله فى خدمته (نقض جنائى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٩٥ ص ٢١٢) .

[وقد قضت محكمة النقض بأن مسئولية المتبوع مدنياً عن تابعه تتحقق إذا ارتكب التابع خطأ أضر بالغير حال تأدية وظيفته أو بسببها ولو كان المتبوع غير مميز أو لم يكن حراً فى اختيار تابعه متى كانت له سلطة فعلية فى رقابة تابعه وتوجيهه ممثلا فى شخص وليه أو وصية . وإذن فيصح فى القانون بناء على ذلك مساءلة القصر عن تعويض الضرر عما وقع من سائق سيارتهم أثناء تأدية وظيفته ولو كان من اختاره هو مورثهم قبل وفاته : نقض جنائى فى ١٠ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ رقم ١٩٦ ص ٥٣٤] .

٦٩٠ — *تحمل التبعة* :قال بهذا الرأى الفقهاء الذين يجعلون مسئولية المتبوع مسئولية ذاتية ، دون أن يقيموها على الخطأ[1] . فما دام المتبوع مسئولا مسئولية ذاتية ، وما دام لا يفترض خطأ فى جانبه ، فلا يبقى إلا أن يقال إن المتبوع ينتفع بنشاط تابعه ، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط ، والغرم بالغنم .

وهذا الرأى فيه مزيتان يتجنب بهما العيبين اللذين لاحظناهما على الرأى الذى يقول بالخطأ المفترض . فهو أولا لا يجيز للمتبوع أن يتخلص من المسئولية حتى لو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، إذ المسئولية المبنية على تحمل التبعة لا ترتفع بهذه الاستحالة ، بل يبقى المتبوع مسئولا لأنه يتحمل تبعة نشاط تابعه بعد أن انتفع بهذا النشاط . وهو ثانياً يجعل المتبوع مسئولا حتى لو كان غير مميز ، فغير المميز إذا لم يجز قيام مسئوليته على الخطأ جاز قيامها على تحمل التبعة .

ولكن هذا الرأى يؤخذ عليه هو أيضاً أنه يؤدى إلى نتيجتين لا يصح التسليم بهما . وهما :

(أولا) لو صح أن مسئولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، ففيم إذن اشتراط وقوع خطأ من التابع ؟ أليس المتبوع يتحمل تبعة نشاط تابعه ، لا تبعة خطئه ! فكل نشاط من التابع يصيب الغير بالضرر ، سواء انطوى هذا النشاط على خطأ أو كان مجرداً من أى خطأ ،

= أما ما ورد فى الأعمال التحضيرية ، وسبقت الإشارة إليه ، من أنه عندما أثيرت مسألة مسئولية المتبوع إذا كان غير مميز فى لجنة المراجعة ، « فأجيب بأنه ما دامت المسئولية مبنية على خطأ مفترض فلا يتصور افتراض الخطأ فى جانب غير المميز» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤١٥) ، فلا يعتبر تفسيراً صحيحاً لأحكام التقنين المدنى الجديد فى هذه المسألة .

(١) جوسران ٢ فقرة ٥١٣ — ديموج ٤ فقرة ٨٨٢ — سافاتييه ١ فقرة ٢٨٤ وما بعدها — دالان (Dallant) فى تعليقه فى داللوز ١٩٣١ — ١ — ١٧١ — بلانيول فى المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٩ وانظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤١٥ .

كان ينبغى أن يحقق مسئولية المتبوع تطبيقاً لمبدأ تحمل التبعة ، ما دامت هذه المسئولية تقوم على هذا المبدأ . بل إن نشاط التابع الذى لا ينطوى على خطأ هو النشاط المألوف الذى ينتفع به المتبوع ، فهو أولى بالتحمل . ونحن قد رأينا أن الأمر على النقيض من ذلك، وأن مسئولية المتبوع لا تقوم إلا إذا وقع خطأ من التابع .

(ثانياً) ولو صح أن مسئولية المتبوع تقوم على تحمل التبعة ، وتحققت هذه المسئولية فوفى المتبوع المضرور ما يستحق من التعويض ، لما جاز للمتبوع أن يرجع على التابع ، فالمتبوع إنما يتحمل تبعة نشاط يفيد منه ، فيكون قد أخذ مقابلا لما أعطى، فقيم إذن رجوعه على التابع ؟ ولكننا سنرى ، على النقيض من ذلك ، أن رجوع المتبوع على التابع أمر قد انعقد عليه إجماع الفقه والقضاء .

ونرى من ذلك أن مبدأ تحمل التبعة لا يستقيم مع أحكام مسئولية المتبوع ، بما تقتضيه هذه المسئولية من خطأ يقع من التابع ، وبما ترتبه فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع من حق الرجوع .

والحق أن مسئولية المتبوع ليست مسئولية ذاتية كما سبق القول ، فهى لا تقوم على خطأ يفترض فى جانب المتبوع ، ولا تستند إلى تبعة يجب عليه أن يتحملها . وإنما هى مسئولية عن الغير ، المتبوع فيها لا خطأ فى جانبه ، ولكنه يتحمل جريرة تابعه لا تبعة نشاطه . وننتقل الآن إلى الآراء التى تتوخى هذا النظر .

٦٩١ — مسئولية عن الغير — الضماد والنيابة والحلول : فالمتبوع إذن مسئول عن التابع مسئولية الشخص عن غيره . ويبقى أن نحدد على أى أساس تقوم هذه المسئولية .

يقيمها بعض الفقهاء على أساس الضمان[1] . فالمتبوع يكفل التابع فيما يرتكب من

(١) انظر فى هذا المعنى ريبير فى القاعدة الأدبية فى الالتزامات المدنية فقرة ١٢٦ — بيسون فى تعليقه =

خطأ يصيب الغير بالضرر ، ما دام للمتبوع حق الرقابة والتوجيه على التابع ، وما دام الخطأ الذى ارتكبه التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة أو بسببها . فهذه الحدود التى ترسم نطاق مسئولية المتبوع هى التى تفسر فكرة الضمان وتبررها . والمتبوع كفيل التابع دون أن يكون له حق التجريد ، فيجوز للمضرور أن يرجع على المتبوع قبل أن يرجع على التابع . والكفالة هنا مصدرها نص القانون لا الاتفاق .

ويقيمها فريق ثان على أساس النيابة[1] . فالتابع نائب عن المتبوع . والنيابة قانونية . وهنا نرى التوسع فى فكرة النيابة الذى أشرنا إليه من قبل . فكما يلزم النائب الأصيل بما يقوم به من التصرفات القانونية فى حدود نيابته ، كذلك يلزم التابع المتبوع بما يقوم به من أعمال مادية — أى ما يرتكبه من خطأ — فى حدود تبعيته . فالحدود التى ترسم نطاق مسئولية المتبوع تفسر هنا أيضاً فكرة النيابة وتبررها ، بشرط أن تتسع هذه الفكرة لتتناول التصرفات القانونية والأعمال المادية فى وقت معاً .

ويقيمها فريق ثالث على أساس الحلول[2] . فالتابع قد حل محل المتبوع ، وأصبح الشخصان شخصاً واحداً ، فإذا ارتكب التابع خطأ فى الحدود المعروفة ، فكأنما المتبوع هو الذى ارتكب هذا الخطأ ، أو قل إن التابع هو امتداد لشخصية المتبوع ، فما يقترف التابع من خطأ يكون المتبوع هو الذى اقترفه[3] . ولا بد أن يضاف إلى هذا الرأى أن التابع يحل

= فى داللوز ١٩٢٨ — ٢ — ١٣ — شوفو فقرة ٢٣ — الدكتور حلمى بهجت بدوى فى مسئولية المتبوع عن فعل تابعه ، رسالة باللغة الفرنسية سنة ١٩٢٩ ص ٤٨ وما بعدها .

(١) انظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٨٥ — محكمة النقض الفرنسية فى ١١ مايو سنة ١٨٤٦ داللوز ١٨٤٦ — ١ — ١٩٢ .

(٢) انظر فى هذا المعنى مازو ١ فقرة ٩٣٥ — فقرة ٩٣٩ — تيسير (Teisseire) رسالة من إكس سنة ١٩٠١ ص ٢٥٦ — كولان وكابيتان ودى لاموراندير ٢ فقرة ٣٥٠ — بلانيول وريبير ٢ فقرة ١١٢٥ — الدكتور سليمان مرقس فى الفعل الضار ص ١١٥ (ويرى أن أساس مسئولية المتبوع إذا كان خطأ التابع قد وقع فى تأدية الوظيفة هو الخطأ المفترض ، وإذا كان الخطأ قد وقع مجاوزاً لحدود الوظيفة كان الأساس إما فكرة الحلول أو فكرة الضمان أو فكرة تحمل التبعة) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة فى هذا المعنى بأن المتبوع يكون مسئولا قانوناً عن خطأ تابعه =

محل المتبوع فى التمييز أيضاً ، فلو ارتكب خطأ وهو مميز وكان المتبوع غير مميز ، انتقل تمييز التابع إلى المتبوع عن طريق الحلول ، فأصبح هذا مسئولا كذلك .

واعتبار مسئولية المتبوع مسئولية عن الغير — على أى وجه فسرت هذه المسئولية وبخاصة إذا فسرت بفكرة الضمان[1] — يجعل المتبوع مسئولا عن تابعه ، ولا يستطيع التخلص من هذه المسئولية ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذى سبب الضرر ، فالتزامه التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية . وهذا الاعتبار يجيز أيضاً استبقاء مسئولية المتبوع حتى لو كان غير مميز ، فمسئوليته عن التابع ليس مصدرها الاتفاق حتى يشترط التمييز ، بل مصدرها القانون سواء كانت ضماناً أو نيابة أو حلولا[2] .

= ولو لم يرتكب هو أى خطأ شخصى ، فإن خطأ التابع يعتبر كأنه خطأ المتبوع (استئناف مختلط فى ٤ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٩٠) .

وقضت محكمة النقض فى حكم لها بأن أساس مسئولية المتبوع هو فكرة الحلول ، فقالت إن « المادة المذكورة (م ١٥٢ مدنى قديم) إذ جعلت المسئولية تتعدى إلى غير من أحدث الضرر قد جاءت استثناء من القاعدة العامة التى مقتضاها ، بناء على المادة ١٥١ من القانون المدنى (القديم) ، أن الذى يلزم بالتعويض هو محدث الضرر . وهذا الاستثناء — على كثرة ما قيل فى صدد تسويغه — أساسه أن شخصية المتبوع تتناول التابع بحيث يعتبران شخصاً واحداً » . (نقض مدنى فى ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٦ ص ٤٣٦) .

(١) [وفكرة الضمان هذه هى التى أخذت بها محكمة النقض ، إذ قضت بأنه متى كان الحكم الجنائى قد قضى بإلزام الموظفين المقترفين للجريمة متضامنين بالتعويض المدنى ، كما قضى بإلزام الحكومة بهذا التعويض بطريق التضامن مع هؤلاء الموظفين على اعتبار أنها مسئولة عنهم مسئولية المتبوع عن تابعه وليست مسئولة معهم عن خطأ شخصى وقع منها ساهم فى ارتكاب هذه الجريمة ، فإنها بهذا الوصف تعتبر فى حكم الكفيل المتضامن كفالة ليس مصدرها العقد ، وإنما مصدرها القانون . فإذا دفعت التعويض المحكوم به على موظفيها باعتبارهم مسئولين عن إحداث الضرر الذى كان أساساً للتعويض تنفيذاً للحكم الجنائى الصادر فى الدعوى المدنية ، فإن لها بهذا الوصف أن تحل محل الدائن المحكوم له بالتعويض فى حقوقه ، ويكون لها الحق فى الرجوع على أى من المدينين المتضامنين بجميع ما أدته (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٥ ص ٢٧٠)] .

(٢) [انظر فى أن مسئولية المتبوع عن التابع لا تقوم على قرينة قانونية قاطعة بالخطأ ، بل هى قائمة على قاعدة موضوعية ، وفى أن القواعد الموضوعية تكيف خطأ بأنها قرائن قانونية : ديكوتيتيس فى القرائن فى القانون الخاص ص ٤٥ — ص ٤٦ — الوسيط ٢ فقرة ٣٣٧ — عبد المنعم فرج الصدة فى مصادر الالتزام فقرة ٥٠٠ وفى الإثبات فقرة ٢٣١ — حسين عامر فى المسئولية المدنية فقرة ٦٤٥] .

وبذلك نتجنب العيبين اللذين كانا السبب فى نبذ فكرة الخطأ المفترض .

٦٩٢ — الاقتصار على العلاقة فيما بين المتبوع والمضرور : ومزية أخرى لتكييف مسئولية المتبوع على أنها مسئولية عن الغير ، هى أن هذا التكييف يفسر وجوب الاقتصار على العلاقة فيما بين المتبوع والمضرور . فالمتبوع مسئول عن تابعه إزاء المضرور . وفى حدود هذه العلاقة دون غيرها — علاقة المتبوع بالمضرور — يقوم هذا التكييف .

فلا يقوم فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للتابع أن يحتج بفكرة الضمان مثلا على المتبوع عند رجوع هذا عليه كما سنرى . ولكن ليس هناك ما يمنع المضرور ، وقد وقع عليه ضرر من خطأ التابع ، من أن يكون هو ذاته تابعاً لنفس المتبوع . فإذا اعتدى موظف وهو يؤدى وظيفته على موظف آخر ، كانت الحكومة مسئولة عن الموظف الأول إزاء الموظف الآخر ، ولو أن الموظفين تابعان لها جميعاً . وهذا ما يدعى فى القانون الإنجليزى باسم الخدمة المشتركة (common employment) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

٦٩٣ — اجتماع مسئولية المتبوع مع مسئولية من نوع آخر : وقد يكون المتبوع مسئولا كمتبوع ومسئولا على وجه آخر فى وقت واحد . فصاحب السيارة إذا استخدم سائقاً ارتكب خطأ أصاب الغير بالضرر ، أمكن اعتباره مسئولا كمتبوع وتابعه هو السائق . وأمكن كذلك اعتباره حارس السيارة إذا لم تكن الحراسة للسائق ، فيكون مسئولا بمقتضى هذه الحراسة مسئولية مبنية على خطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . والمضرور وشأنه فى اختيار أحد الاعتبارين والرجوع على صاحب السيارة بمقتضاه . وقد يختار اعتبار صاحب السيارة حارساً لا متبوعاً ، حتى يعفى نفسه من إثبات الخطأ فى جانب السائق .

§ ٢ — قيام مسئولية التابع إلى جانب مسئولية المتبوع

٦٩٤ — **فيما بين المتبوع والمضرور** : رأينا أن مسئولية المتبوع إنما تستند إلى مسئولية التابع استناد التبع إلى الأصل [١] . فمسئولية التابع — وقد ثبت فى جانبه الخطأ والضرر وعلاقة السببية أى أركان المسئولية جميعاً — تقوم إذن إلى جانب مسئولية المتبوع ، بل هى الأصل كما قدمنا .

وينبنى على ذلك أن المضرور يكون بالخيار ، إما أن يرجع على التابع ، وإما أن يرجع على المتبوع ، وإما أن يرجع عليهما معاً ، والاثنان متضامنان أمامه . وقد يكون للتابع شريك فى الخطأ ، فيصح المضرور أن يرجع على المتبوع والتابع وشريكه جميعاً متضامنين . بل يصح له فى هذه الحالة أن يرجع على المتبوع وحده بكل التعويض ، ثم يرجع المتبوع بعد ذلك على التابع وشريكه . ويجوز للمضرور أيضاً أن يرجع على المتبوع والتابع ، أو على المتبوع وشريك التابع ، أو على التابع وشريكه . فهو حر فى أن يختار من يرفع الدعوى عليه من المسئولين الثلاثة ، واحداً أو أكثر ، ويطالب المدعى عليه بكل التعويض لأن الثلاثة متضامنون [٢] .

٦٩٥ — **فيما بين المتبوع والتابع** : فإذا رجع المضرور على التابع دون المتبوع وقف

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت دعوى التعويض مؤسسة على المسئولية عن الضرر الذى نشأ عن خطأ التابع ، فحكمت المحكمة ببراءة التابع وقضت بالتعويض على المتبوع تأسيساً على خطئه هو ، فإنها تكون قد خالفت القانون ، إذ لم تلتزم الأساس الذى أقيمت عليه الدعوى ، وكان يتعين على المحكمة مع ثبوت عدم وقوع خطأ التابع أن ترفض الدعوى المدنية الموجهة إلى الطاعن باعتباره مسئولا عن الحقوق المدنية بالتضامن مع تابعه : نقض جنائى فى ٧ من يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض السنة ٣ رقم ١٤٥ ص ٣٨٤] .

(٢) وقد قضت محكمة اسكندرية الكلية الوطنية بأنه إذا وقعت جريمة من خادم باشتراكه مع آخر ، كان المخدوم مسئولا أمام المجنى عليه عن كامل التعويض المستحق عن الجريمة ، سواء رفعت الدعوى عليه بمفرده أو رفعت عليه مع خادمه أو عليه مع شريك خادمه أو عليهم جميعاً بالتضامن (اسكندرية الكلية الوطنية فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٤٤٣ ص ٩٠٣) .

الأمر عند هذا . أما إذا رجع على المتبوع دون التابع ، فللمتبوع أن يرجع بما دفع على تابعه لأنه مسئول عنه لا مسئول معه . وهذا ما تنص عليه المادة ١٧٥ من التقنين المدنى الجديد إذ تقول : «المسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر»(١) . وقد سبق ذكر هـذا النص عند الكلام فى مسئولية متولى الرقابة ، وبينا هناك أن المسئول عن عمل الغير هو متولى الرقابة والمتبوع(٢) ، وأن المتبوع يرجع على التابع بما دفع من التعويض ، أما متولى الرقابة فيرجع على المميز دون عديم التمييز ، وأن هذه هى حدود مسئولية الغير عن تعويض الضرر التى أشار إليها النص. على أن المتبوع قد لا يرجع على التابع إلا ببعض ما دفع من التعويض ، ويتحقق ذلك إذا اشترك مع التابع فى الخطأ ، فيقسم التعويض بينهما فى علاقة أحدهما بالآخر وفقاً للقواعد التى قررناها عند تعدد المسئولين . وهذه هى حدود أخرى لمسئولية الغير عن تعويض الضرر ، وهى حدود تتعلق بمسئولية التابع نحو المتبوع ، وتضاف إلى الحدود التى تقدم ذكرها متعلقة بمسئولية عديم التمييز نحو متولى الرقابة . ولا بد ، فى العلاقة ما بين المتبوع والتابع ، أن يثبت التابع أن المتبوع اشترك معه فى الخطأ ، كأن يكون قد أمره بارتكابه أو ساهم معه فيه ، ولا يستطيع التابع أن يحتج على المتبوع بالمسئولية المفترضة ، فإن هـذه لا يحتج بها على المتبوع إلا المضرور كما سبق القول(٣) .

---

(١) انظر تاريخ النص آنفاً (فقرة ٦٧٤ فى الهامش) .

(٢) وقد سبق أن أشرنا إلى أن مسئولية المتبوع هى وحدها التى تتمحض مسئولية عن الغير ، أما مسئولية متولى الرقابة فهى مسئولية ذاتية تنتهى إلى أن تكون مسئولية عن الغير . فهى إذن ابتداء مسئولية ذاتية ، وانتهاء مسئولية عن الغير . أما مسئولية المتبوع فمسئولية عن الغير ابتداء وانتهاء .

(٣) وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن القانون يعتبر المخدوم مسئولا عن الفعل الضار الذى يقع من خادمه أثناء خدمته ، وهذا الاعتبار مبناه مجرد افتراض قانونى فى حق المخدوم لا يتحقق إلا بالنسبة لمن وقع عليه الضرر ، ولا يمكن أن يستفيد منه الخادم إلا إذا أقام الدليل على وقوع خطأ من جانب مخدومه أيضاً . فإذا كان المخدوم لم يقع منه أى خطأ ، فإنه يحق له أن يطلب تحميل خادمه هو والمتهمين معه ما ألزم بدفعه للمدعى بالحقوق المدنية تنفيذاً للحكم الصادر بالتضامن معهم لأن هذا التضامن لم يقرره القانون إلا لمصلحة من وقع عليه الضرر . وأن تقدير حصة كل ممن اشتركوا فى إحداث الضرر يجب بحسب الأصل أن يكون المناط فيه مبلغ جسامة الخطأ الذى ساهم به فيما أصاب المضرور من الضرر إذا كانت وقائع =

ويقع كما قدمنا أن يرجع المضرور على المتبوع دون التابع ، لأن الأول يكون عادة هو الملىء ، ففى هذه الحالة يجوز للمتبوع أن يدخل التابع ضامناً فى الدعوى ليحكم عليه بما عسى أن يحكم به على المتبوع . بل يجوز للمتبوع ، والدعوى مرفوعة من المضرور عليه هو والتابع معاً ، أن يرفع على التابع دعوى ضمان فرعية ليحكم له على التابع بما يحكم عليه للمضرور (١).

ويثبت المضرور عادة الخطأ فى جانب التابع حتى تقوم مسئولية المتبوع كما قدمنا ، فيستفيد المتبوع من ذلك ولا يعود فى حاجة إلى إثبات خطأ التابع عند الرجوع عليه . ولكن قد يقع أن يكون التابع مسئولا نحو المضرور بمقتضى خطأ مفترض فى جانبه ، كأن يكون معلماً مسئولا عن تلميذ ولم يستطع نفى الخطأ المفترض ، أو يكون سائق سيارة احتفظ بحراستها فصار مسئولا نحو المضرور بمقتضى خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، ففى هذه الحالة لا يحتاج المضرور إلى إثبات خطأ التابع لأن هذا الخطأ مفترض . فهل يستفيد

= الدعوى تساعد على تقدير الأخطاء على هذا الأساس . أما إذا كان ذلك ممتنعاً ، فإنه يكون ثمة من سبيل إلا اعتبار المخطئين مسئولين بالتساوى عن الضرر الذى تسببوا فيه (نقض جنائى فى ١٩ مايو سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٧٩ ص ٢٣٧) .

[وقضت محكمة النقض أيضاً بأن الحكم الذى قررته المادة ١٦٩ مدنى جديد المقابلة للمادة ١٥٠ وما بعدها مدنى قديم والتى تنص على أنه إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى إلزامهم بتعويض الضرر وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى إلا إذا عين القاضى نصيب كل منهم ، هذا الحكم لا يرد إلا عند تحديد مسئولية كل شخص من محدثى الضرر المتضامنين وذلك فيما بين مرتكبى الفعل الضار أنفسهم . وإذن فتى كانت الحكومة لم ترتكب خطأ شخصياً من جانبها وإن مسئوليتها بالنسبة إلى الخطأ الذى اقترفه الموظفون التابعون لها هى مسئولية المتبوع عن عمل تابعه ، فإنها لا تعتبر بالنسبة إلى هؤلاء الموظفين مدينة أصلا ، ولا تتحمل شيئاً من التعويض المحكوم به (نقض مدنى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٥ ص ٢٧٠)] .

(١) انظر الأستاذ مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٤ ص ٢١٤ — وقد أشار إلى حكم فى هذا المعنى لمحكمة النقض قضت فيه « بأنه إذا رفعت دعوى تعويض على متهم عما أحدثه من أضرار للمدعى بالحق المدنى وعلى وزارة الداخلية بالتضامن مع المتهم لأنه من رجالها وهى مسئولة عن فعال رجالها ومتضامنة معهم فى تعويض كل ضرر يحدث منهم أثناء تأدية وظائفهم ، فللحكومة أن توجه دعوى الضمان الفرعية إلى المتهم فى حالة الحكم للمدعين بالتعويض . فإذا قضت المحكمة بعدم قبول دعوى الضمان الفرعية بحجة أنها سابقة لأوانها ، كان قضاؤها بذلك خاطئاً فى تطبيق القانون ، ويتعين نقضه » . (نقض جنائى فى ٢٥ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر لأحكام النقض الجنائية ٣ رقم ٤٧٥ ص ٦٠٤) .

المتبوع هنا أيضاً من الخطأ المفترض فى جانب التابع عند رجوعه عليه ؟ ليس له ذلك ، بل عليه إذا أراد الرجوع على تابعه أن يثبت خطأه ولا يكتفى بالخطأ المفترض فى جانبه ، لأن هذا الخطأ المفترض ، فى الحالة التى نحن بصددها ، إنما يقوم فى العلاقة ما بين التابع والمضرور ، لا فى العلاقة ما بين التابع والمتبوع .

الفرع الثانى

المسئولية الناشئة عن الأشياء

٦٩٦ — حالات ثلاث : بعد أن فصلنا حالتى المسئولية عن عمل الغير ، ننتقل إلى حالات المسئولية الناشئة عن الأشياء ، الحى منها وغير الحى . ذلك أن الشخص يسأل عما هو فى حراسته فى حالات ثلاث :

الأولى — مسئولية حارس الحيوان عما يحدثه الحيوان من ضرر .

والثانية — مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدام البناء من ضرر .

والثالثة — مسئولية من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر .

وتنتظم هذه الحالات الثلاث فكرة «الخطأ فى الحراسة» (faute dans la garde) . فلا تزال المسئولية فيها مبنية على الخطأ ، والحارس مسئول عن خطئه فى الحراسة . والخطأ فى الحراسة هو أن يترك الحارس زمام الشىء يفلت من يده .

المبحث الأول

مسئولية حارس الحيوان(*)

٦٩٧ — النصوص القانونية : كان التقنين المدنى القديم ينص فى المادة ١٥٣/٢١٥ على ما يأتى :

« وكذلك يلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشىء عن الحيوان المذكور ، سواء كان فى حيازته أو تسرب منه » .

وقد نقل التقنين المدنى الجديد هذا الحكم دون تعديل إلا فى الصياغة ، فنصت المادة ١٧٦ من هذا التقنين على ما يأتى :

« حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه »(١) .

(*) بعض المراجع : مازو ٢ فقرة ١٠٧١ — فقرة ١١٣٧ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٥٩٢ — فقرة ٦٠٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٠٥٨ وفقرة ١٠٦٣ — فقرة ١٠٨٣ — كولان وكابيتان ودى لاموراندبير ٢ فقرة ٣٥٧ — فقرة ٣٦١ — جوسران ٢ فقرة ٥١٥ — فقرة ٥٢٣ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٥ — فقرة ٣٥٨ — مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٥ — فقرة ٢٥٤ — حشمت أبو ستيت فقرة ٥١١ — فقرة ٥١٥ — سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٠٢ — فقرة ١٠٦ — [أنور سلطان فقرة ٥٤٣ — ٥٥٢ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥١٦ — ٥٢١] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٤ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « حارس الحيوان مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، حتى لو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه » . وأقرت لجنة المراجعة هذا النص تحت رقم المادة ١٨٠ من المشروع النهائى ، وأقره مجلس النواب . ورأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أن عبارة « حارس الحيوان » قد تشتبه بالحراسة بالمعنى المفهوم ، وقد يخرج عنها المالك ، فقررت أن تكون صيغة المادة كما يأتى : « حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له » فأضافت عبارة « ولو لم يكن مالكا له » بعد عبارة « حارس الحيوان » لتبرز أن اصطلاح حارس الحيوان لا ينفى اعتبار المالك حارساً إن =

والنص الجديد أكثر وضوحاً من النص القديم ، وأوسع إحاطة بأحكام المسئولية التي نحن بصددها[1] ، ولكنه لم يستحدث حكماً جديداً كما قدمنا .

= توافرت الشروط المقررة في هذا الشأن . وقد اقترح على اللجنة الاستعاضة عن اصطلاح « الحارس » باصطلاح « المنتفع » ، فلم تر الأخذ بهذا الاقتراح لأن تعبير « حارس الحيوان » قد يتسع نطاقه لصور أخرى لا تندرج تحت الصور المقترحة ، وقد استعمل الفقه في مصر اصطلاح الحراسة في هذا الشأن بوصفه مرادفاً لتعبير (garde) في اللغة الفرنسية ، ودلالة هذا التعبير معروفة وهي مرنة ، ومن غير المرغوب فيه حصرها في حدود صور بخصوصها ، وتعبير المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى لبس ولا يقيد الاجتهاد . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٣ — ٤٢٨) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٧٧ (مطابق) — الليبي ١٧٩ (مطابق) — العراقي م ٢٢١ — ٢٢٧ (موافق) — اللبناني م ١٢٩ — ١٣٠ (موافق) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في تفصيل نص التقنين الجديد ما يأتي : « يعتبر هذا النص متقدماً على نظيره في نصوص التقنين المصري الحالي (القديم) من ناحيتين : (أ) فيلاحظ من ناحية أنه نوه صراحة بفكرة الحراسة ، وجعل حارس الحيوان مسئولا عما يحدثه الحيوان من ضرر . وهذه الفكرة لا تستخلص إلا اقتضاء من دلالة عبارة المادة ١٥٣/٢١٥ إذ تنص على إلزام « مالك الحيوان أو مستخدمه بالضرر الناشيء عن الحيوان المذكور » . وقد جهد الفقه الحديث في تحليل فكرة الحراسة تحليلا دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرهاف أو التهافت . فهو يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية . والثانية دون الأولى هي التي تبنى عليها المسئولية ، وعلى هذا النحو يسأل مالك الحيوان متى كانت له الحراسة القانونية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرائض الذي استخدمه للعناية به . وقد عني التقنين اللبناني بالنص على هذا الحكم في عبارة صريحة ، فقضى في الفقرة الثانية من المادة ١٢٩ بأن « تلك المسئولية تترتب ، ولو كان الحارس المضرور قد ارتبط من قبل بعقد من العقود ، كإجارة الأشخاص مثلا ، ما لم ينص على خلاف ذلك » . وراعى أن الحراسة القانونية تظل قائمة ولو ضل الحيوان أو تسرب . (ب) ويلاحظ من ناحية أخرى أن المشروع اختار صراحة فكرة الخطأ المفترض ، وجعل منها أساساً لمسئولية حارس الحيوان . وقد جرى القضاء المصري على اتباع هذا الرأي ، رغم أن المادة ١٥٣/٢١٥ من التقنين المصري لم تذكر شيئاً في هذا الشأن . وقد وقفت التقنينات الأجنبية من فكرة افتراض الخطأ هذه مواقف مختلفة فيما يتعلق بقوة القرينة التي تقوم عليها من حيث جواز سقوطها أو عدم سقوطها بإثبات العكس . فبعض هذه التقنينات يبيح لحارس الحيوان الاكتفاء بإقامة الدليل على أنه التزم الحيطة الواجبة لمنعه من الإضرار أو لرقابته (المادتان ٩٤/٨٦ من التقنين التونسي والمراكشي ، والمادة ٢٣٩٤ من التقنين البرتغالي ، والمادة ٨٣٤ من التقنين الألماني ، والمادة ١٣٢٠ من التقنين النمساوي المعدل ، والمادة ٥٦ من تقنين الالتزامات السويسري ، والمادة ١٥٢٧ من التقنين البرازيلي ، والمادة ١٩٠ من التقنين الصيني). وبعضها لا يبيح إلا إثبات السبب الأجنبي (المادة ٨١ من المشروع الفرنسي الإيطالي والمادة ١٢٩ من التقنين اللبناني ، والمادة ١٩٠٥ من التقنين الأسباني) ، وهذا هو ما اختاره القضاء المصري والقضاء الفرنسي . ويتوسط التقنين البولوني هذين الرأيين ، فيكتفي من حارس الحيوان بإقامة =

ونبحث هنا أيضاً متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية حارس الحيوان

٦٩٨ — شرطاه تحقق المسئولية : تتحقق هذه المسئولية إذا تولى شخص حراسة حيوان وأحدث الحيوان ضرراً للغير . فعندئذ يكون حارس الحيوان مسئولا عن هذا الضرر .

فتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) تولى شخص حراسة حيوان . (٢) إحداث الحيوان ضرراً للغير .

§ ١ — حراسة الحيوان

٦٩٩ — تحليل هذا الشرط : لا تتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة حيوان . فنبين ما معنى الحراسة وما المقصود من لفظ « الحيوان » .

٧٠٠ — الحراسة (la garde) : قدمنا أن الخطأ فى الحراسة هى أن يترك الحارس زمام الشىء يفلت من يده . فحارس الحيوان إذن هو من فى يده زمام الحيوان ، فتكون له السيطرة الفعلية عليه فى توجيهه وفى رقابته ، ويكون هو المتصرف فى أمره ، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق ، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية ، ما دامت سيطرة فعلية قائمة .

= الدليل على أن خطأ ما لم يقع منه أو من أحد ممن يسأل عنهم (م ١٤٨) ومع ذلك فهو يجيز للمحكمة رغم قيام هذا الدليل أن تلزم مالك الحيوان أو مستخدمه بتعويض كل الضرر أو بعضه إذا اقتضت العدالة ذلك مع مراعاة الظروف ويسار المضرور ومالك الحيوان أو مستخدمه بوجه خاص (المادة ١٤٩ فى فقرتها الأخيرة) . ولم يبح المشروع إلا إثبات السبب الأجنبى اقتداء بما جرى عليه القضاء المصرى فى هذا الشأن » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٤ — ٤٢٥) .

فليس حارس الحيوان هو ضرورةً مالكه ، فقد ينتقل زمام الحيوان — السيطرة الفعلية فى توجيهه وفى رقابته وفى التصرف فى أمره — من يده إلى يد غيره . فيصبح هذا الغير هو الحارس . وليس الحارس هو ضرورةً المنتفع بالحيوان إذا لم يكن لهذا السيطرة الفعلية فى توجيه الحيوان وفى رقابته . وليس الحارس هو من يعرف عيوب الحيوان ويتركه مع ذلك يضر بالناس ، ما دام لا يملك التصرف فى أمره وليست له سيطرة فعلية عليه فى توجيهه وفى رقابته . وليس الحارس هو من يكون الحيوان فى حيازته دون أن تكون له السيطرة الفعلية عليه فى التوجيه والرقابة . فلا يعتبر حارساً بوجه عام لا الراعى ولا السائق ولا الخادم ولا السائس [1] .

فيجب إذن أن نقف عند المعيار الذى قدمناه ، وأن نعتبر حارس الحيوان هو من بيده زمامه ، فيملك السيطرة الفعلية عليه فى التوجيه والرقابة ويكون هو المتصرف فى أمره . ونص التقنين المدنى الجديد يتفق مع هذا المعيار ، فقد رأينا المادة ١٧٦ تنص على

(١) ويجب أيضاً أن نستبعد معيارين ، أحدهما قال به الأستاذان مازو ثم عدلا عن قولهما ، والآخر قالت به محكمة النقض الفرنسية .

فقد كان الأستاذان مازو يميزان بين الحراسة المادية (garde matérielle) والحراسة القانونية (garde juridique) ، فيجعلان الحراسة القانونية ، وهى حق يعطيه القانون للشخص فى السيطرة على الشىء ، هى التى تترتب عليها المسئولية . وقد عدلا عن هذا الرأى على أثر حكم محكمة النقض الفرنسية فى دوائرها المجتمعة فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١ (سيريه ١٩٤١ — ١ — ٢١٧ — وانظر مازو ٢ فقرة ١٠٨٧ وفقرة ١١٥٩) ، وأخذ الأستاذان بمعيار السيطرة الفعلية فى التوجيه والرقابة .

أما محكمة النقض الفرنسية فى دوائرها المجتمعة فقد قضت فى الحكم الذى أشرنا إليه بأن حارس الشىء هو من يستعمل الشىء بنفسه أو بواسطة تابع له الاستعمال الذى يلائم ممارسة مهنته — (celui qui par lui-même ou par ses préposés, en fait l'usage que comporte l'exercice de sa profession) — وهذا المعيار أرادت محكمة النقض أن تنزل فيه عند التعبير الذى استعمله التقنين المدنى الفرنسى فى المادة ١٣٨٥ ، إذ أن هذا النص يجعل المسئول هو مالك الحيوان أو من يستعمله (le propriétaire ou celui qui s'en sert) ، وقصدت به أن توفق بين عبارة التقنين الفرنسى والتحليل الصحيح لمعنى الحراسة . ولكن يؤخذ عليه أنه إذا كان من يستعمل الحيوان الاستعمال الذى يلائم ممارسة مهنته تكون له فى الغالب السيطرة الفعلية عليه فى توجيهه وفى رقابته فيتفق المعياران ، إلا أن هذا ليس ضرورة لازمة ، فقد تكون السيطرة الفعلية على الحيوان فى يد غير اليد التى تستعمله الاستعمال الملائم للمهنة .

أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر »[1].

وإذا أردنا أن نطبق ميعار « السيطرة الفعلية » تطبيقاً عملياً أمكن أن نفصله على الوجه الآتى :

مالك الحيوان هو فى الأصل صاحب السيطرة الفعلية عليه ، وهو الذى يملك زمامه فى يده ، فله التوجيه والرقابة ، وهو المتصرف فى أمره ، ومن ثم يكون حارس الحيوان هو أصلا مالكه . فهناك إذن قرينة على أن مالك الحيوان هو الحارس ، وإذا رجع المضرور على المالك فليس عليه أن يثبت أنه هو الحارس ، بل المالك هو الذى عليه أن يثبت أنه لم يكن حارس الحيوان وقت إحداثه الضرر . وإذا أفلت زمام الحيوان من يد المالك بأن ضل أو تسرب ، كان هذا خطأ فى الحراسة (faute dans la garde) ، ويكون مسئولا عما يحدثه الحيوان من ضرر . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول : « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب » . ومن باب أولى إذا ترك الحارس الحيوان فى الطريق دون رقيب ، كان مسئولا عما يحدث من ضرر .

وإذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد أخرى ، فإن كان قد انتقل بالرغم من إرادة المالك أو دون علمه ، كما لو انتقل إلى لص سرق الحيوان ، أو إلى تابع المالك استولى على الحيوان واستعمله لمنفعته الشخصية ، فإن السيطرة الفعلية على الحيوان تنتقل فى هذه الحالة من المالك إلى هذا الغير ، ويصبح السارق أو التابع الذى استولى على الحيوان لنفعه الخاص

---

(١) وقد جاء فى مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ما يؤيد هذا التفسير ، فقيل : « إن التشريعات الحديثة تستعمل هذا الاصطلاح (الحراسة) فى هذا المقام ، وقد استقر فى لغة الفقه القانونى الحديث الذى جهد فى تحليل فكرة الحراسة تحليلا دقيقاً بلغ به أحياناً حد الإرهاب أو التهافت ، فقد كان يفرق على الأخص بين الحراسة المادية والحراسة القانونية ، والثانية دون الأولى هى التى تبنى عليها المسئولية ، ولكن التطور اتجه إلى الاعتداد بالسيطرة الفعلية ، وعلى هذا النحو يسأل مالك الحيوان متى كانت له الحراسة الفعلية عما يحدثه هذا الحيوان من ضرر للرائض الذى استخدمه للعناية به » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٦) .

هو الحارس ، ويكون هو المسئول عما يحدث الحيوان من ضرر . ومن ثم نتبين أنه ليس من الضرورى أن تكون السيطرة الفعلية سيطرة مشروعة لها سند من القانون ، ففى المثلين اللذين نحن بصددهما يتضح أن كلا من اللص والتابع مسيطر على الحيوان سيطرة غير مشروعة .

أما إذا انتقل الحيوان من يد المالك إلى يد الغير برضاء من المالك ، وكان الغير تابعاً للمالك كالسائق والسائس والخادم والراعى ، فالأصل أن انتقال الحيوان إلى يد التابع لاينقل إليه السيطرة الفعلية على الحيوان ، إذ الغالب أن المالك يستبقى سيطرته الفعلية على الحيوان حتى بعد أن يسلمه لتابعه . فيبقى المالك فى هذه الحالة هو الحارس . ولكن لاشىء يمنع فى بعض الحالات من أن تنتقل السيطرة الفعلية إلى التابع ، كما إذا سلم صاحب الحصان حصانه لخيال (Jockey) يجرى به فى السباق ، فإن الخيال فى هذه الحالة من وقت أن أمسك بزمام الحصان وبدأ يجرى به فى السباق قد انتقلت إليه السيطرة الفعلية على الحصان وأصبح هو الحارس ، فيكون مسئولا مسئولية الحارس ، ويكون المالك مسئولا مسئولية المتبوع .

وإذا كان المالك قد نقل الحيوان إلى شخص غير التابع ينتفع به كالمستأجر أو المستعير ، انتقلت فى الغالب من الأحوال إلى هذا الشخص السيطرة الفعلية على الحيوان ، إذ هو فى سبيل الانتفاع به يمسك زمامه فى يده وله حق التصرف فى أمره ، ومن ثم يكون هو الحارس . فإن نقله المالك إلى شخص غير التابع لا لينتفع به بل للمحافظة عليه أو لعلاجه ، كصاحب الاصطبل وصاحب الفندق والطبيب البيطرى ، فالأصل هنا أيضاً أن السيطرة الفعلية تنتقل إلى هذا الشخص ، ويكون هو الحارس . ولكن قد يستبقى المالك فى هذه الحالة السيطرة الفعلية على الحيوان فى أثناء الوديعة أو وقت العلاج ، فيبقى هو الحارس(١) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى مازو ٢ فقرة ١١٠٤ — فقرة ١١٠٨ — ويرى الأستاذ مصطفى مرعى أن الذى تنتقل إليه الحراسة هو الذى يتسلم الحيوان بقصد الانتفاع به ، لأنه وهو ينتفع به يحيط بخصاله وطباعه ، أما من يحوز الحيوان بحكم صناعته التى تجبره على تلقى كل حيوان يرد إليه ، كالراعى والبيطار =

٧٠١ — الحيوان : أى نوع من الحيوان ، مستأنساً كان أو متوحشاً ، كبيراً أو صغيراً ، خطراً أو غير خطر ، يكون حارسه مسئولا عنه . فالدواب والبهائم بأنواعها المختلفة من خيل وبغال و حمير وجمال ومواش ، والحيوانات الأليفة من كلاب وقطط وقردة ، والدواجن والطير ، وما عسى أن يمتلك الشخص من حيوانات مفترسة كالسباع والنمور والفيلة وغيرها ، كل هذا يكون حارسه مسئولا عنه . وقد يكون الحيوان معتبراً عقاراً بالتخصيص ، كالمواشى الملحقة بأرض زراعية ، ولا يمنع ذلك من أن يكون حارسها مسئولا عنها ، ولا عبرة بأنها تعد عقاراً .

ولكن يشترط أن يكون الحيوان حياً ومملوكاً لأحد من الناس وأن تكون حراسته ممكنة . فجثة الحيوان الميت تعتبر شيئاً غير حى لا حيواناً ، والمسئولية عنها تكون مسئولية عن شىء غير حى لا عن حيوان ، فلا تتحقق وفقاً للمادة ١٧٨ من التقنين المدنى الجديد إلا إذا كانت حراستها تتطلب عناية خاصة . والطير الذى لا مالك له لا يسأل شخص عما

= والطبيب البيطرى وشركات النقل ، فلا تنتقل إليه الحراسة (المسئولية المدنية فقرة ٢٤٥) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المسئول عن الحيوان هو حارسه لا مالكه (استئناف مختلط فى ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٩) فلا يصبح المالك مسئولا متى سلم الحيوان إلى شخص آخر ينتفع به ويستخدمه لمصلحته فانتقلت إليه الحراسة ، والمنتفع هو الذى يكون مسئولا (استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) . ولا يكون المالك مسئولا إلا إذا ارتكب خطأ بأن سلم الحيوان إلى شخص غير قادر على حراسته (الحكم السابق) . ولكن مالك الحيوان يكون مسئولا عن خطأ تابعه كالسائق (استئناف مختلط فى أول يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٤) .

وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا علق شخص خيله بعربة آخر وركب هو وصديق له ، ووكل إلى الصديق القيادة فى مكان مزدحم ، كان صاحب الخيل هو المسئول ، وبخاصة إذا كان صديقه يقود تحت إشرافه لضعف بصره لعدم معرفته بطباع هذه الخيل (استئناف وطنى فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ٢٧ ص ٦٠) .

وقضت محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة بأنه إذا وقع الضرر من واحد بين حيوانات متعددة ، ولم يعرف على وجه اليقين أيها هو الذى أحدث الضرر ، كان جميع الأشخاص الذين وجدت الحيوانات فى حراستهم متضامنين فى المسئولية . فإذا ترك صاحب الكلب كلبه طليقاً فى الطريق العام ، فاختلط بكلاب أخرى ، وأصيب مار من هذه الكلاب ، ولم يعرف أى كلب عضه ، فأصحاب الكلاب جميعاً مسئولون بالتضامن (محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ جازيت ٥ رقم ٣٠٠ ص ٦٦) .

يحدثه من التلف إلا إذا ثبت خطأ فى جانبه . والجراد إذا أصاب زرعاً فأتلفه لا يسأل عن عمله إلا شخص ثبت أنه أثار الجراد بخطئه .

§ ٢ — إحداث الحيوان ضرراً للغير

٧٠٢ — **تحليل هذا الشرط :** حتى تتحقق مسئولية حارس الحيوان ، يلزم أن يكون هذا الحيوان قد أحدث ضرراً للغير فيلزم إذن أن يكون الضرر من فعل الحيوان (fait de l'animal) ، ويكون هناك أمران نتكلم فيهما : (١) فعل الحيوان (٢) والضرر الذى يحدثه .

٧٠٣ — **فعل الحيوان :** يجب أن يكون الحيوان هو الذى «أحدث» الضرر ، أى أن يكون قد أتى عملا إيجابياً كان هو السبب فى الضرر . أما إذا كان الضرر قد حدث دون أن يكون للحيوان دور إيجابى ، كما إذا ارتطم شخص بجسم حيوان حى فجرح . فإن الضرر لا يكون فى هذه الحالة من فعل الحيوان ، إذ لم يكن للحيوان فى ذلك إلا دور سلبى .

وإذا كنا نتطلب أن يقوم الحيوان بدور إيجابى فى إحداث الضرر ، فليس هذا معناه أن يكون الحيوان قد اتصل اتصالا مادياً بالجسم الذى ألحق به الضرر ، بل يكفى أن يكون هو السبب الإيجابى لإحداثه . فلو خرج حيوان مفترس فى حراسة شخص فجأة إلى الطريق العام ، فأصاب الذعر أحد المارة وسقط فجرح دون أن يمسه الحيوان ، فهذا الضرر يعتبر من فعل الحيوان .

وهناك فروض يكون فيها قد اشترك مع الحيوان عامل آخر فى إحداث الضرر ، كما إذا كان المتسبب المباشر فى الإصابة هى المركبة التى يقودها الحيوان ، فإذا كان الحيوان هو العامل المتغلب كما هو الراجح ، فإن الإصابة تعتبر من فعله . ويدق الأمر إذا كان الحيوان عند إحداث الإصابة يقوده إنسان أو يمتطيه ، فهل تعتبر الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان أو من فعل الحيوان ؟ ولا شك فى أن القول برأى من هذين الرأيين تترتب

عليه أهمية عملية كبيرة . إذ لو اعتبرت الإصابة من فعل الإنسان ، فلا يفترض الخطأ ، بل يكلف المدعى إثباته طبقاً للقواعد العامة . وإذا اعتبرت الإصابة من فعل الحيوان ، كان هناك خطأ مفترض فى جانب الحارس ، ولا يكلف المدعى إثبات هذا الخطأ . وقد سار القضاء الفرنسى مدة طويلة على اعتبار أن الإصابة قد حدثت من فعل الإنسان[١] . وتابع القضاء المصرى القضاء الفرنسى فى ذلك[٢] . ثم عدل القضاء الفرنسى عن هذا الرأى ، واعتبر أن الإصابة قد حدثت من فعل الحيوان[٣] . وهذا هو الرأى الصحيح ، لأن راكب الحيوان أو قائده لا تعتبر الإصابة من فعله إلا إذا كان قد تعمدها . فإن اعترف بذلك ، وهذا غير محتمل ، كان الخطأ ثابتاً فى جانبه . وإلا فإن الحيوان عندما أحدث الضرر يكون زمامه قد أفلت من يده ، وتكون الإصابة قد حدثت بفعل الحيوان[٤] .

٧٠٤ — *الضرر الذى يحدثه الحيوان* : أى ضرر يحدثه الحيوان يكون حارسه مسئولا عنه . فإذا دهس حيوان شخصاً فجرحه أو قتله ، وإذا أتلف الحيوان مالا مملوكاً للغير ولو كان هذا المال حيواناً مثله ، وإذا عض كلب شخصاً فأحدث به ضرراً[٥] ، وإذا انتقل مرض معد من حيوان مريض ، فكل هذه تعتبر أضراراً يكون حارس الحيوان مسئولا عنها .

---

(١) نقض فرنسى فى ٦ مايو سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٢ — ١ — ٢٨٦ وحكم آخر فى ١١ مايو سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١١ — ١ — ٣٩٩ .

(٢) استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٣ .

(٣) نقض فرنسى فى ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٢٨ — ١ — ١٧٧ — وحكم آخر فى ٢٤ يونية سنة ١٩٣٠ سيريه ١٩٣١ — ١ — ١٢١ .

(٤) مازو ٢ فقرة ١١٢٢ .

(٥) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا عض كلب إنساناً ، ولم يكن الكلب موضوعاً فى قيد بل ترك طليقاً فى الحديقة مع أنه كلب خطر ، فإن صاحب الكلب مسئول حتى لو كان المضرور يعلم أن الكلب خطر (استئناف مختلط فى ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٠٢) .

والضرر الذى يحدثه الحيوان قد يقع على الغير كما هو الغالب ، وقد يقع على الحارس نفسه ، وقد يقع على المالك إذا لم يكن هو الحارس ، وقد يقع على الحيوان ذاته أى أن الحيوان يصيب نفسه بالضرر .

فإذا أوقع الحيوان الضرر بالغير ، جاز للغير أن يرجع بالتعويض على الحارس بالخطأ المفترض . وهذه هى الصورة المألوفة فى المسئولية عن الحيوان .

ويعتبر فى حكم الغير تابع المالك إذا لم تنتقل إليه الحراسة . فإذا ألحق الحيوان ضرراً بسائسه أو بسائقه ، فقد تقدم أن المالك فى هذه الحالة يعتبر فى الأصل أنه هو الحارس ، ويكون مسئولا تجاه السائس أو السائق بالخطأ المفترض [1] . وإذا كانت هناك علاقة عقدية مابين

(١) وقد قضت فى هذا المعنى محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا أصيب «عربجى» فى أثناء خدمته بجرح بليغ من حصان مخدومه ، وكان عالماً بعيب الحصان ولكنه كان يحتاط لنفسه منه ، فإن السيد ملزم بالتعويض ارتكاناً على المادة ١٥٣ مدنى (قديم) ، لأنه لم يثبت أن الضرر الحاصل نشأ عن خطأ الخادم أو بالقضاء والقدر (استئناف وطنى فى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٢٠ ص ٣٧). وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية ، فى مسئولية صاحب جمل عض جماله الجمال عندما كان يقدم له الطعام ، بأن القانون يفترض حصول الخطأ أو الإهمال من صاحب الحيوان ويعفى المجنى عليه من عبء الإثبات ، سواء كان المجنى عليه هو العامل الذى يقود الحيوان أو أجنبياً عنه ، ولا يسقط هذا الافتراض القانونى قبل مالك الحيوان بإثبات عدم حصول خطأ أو إهمال منه ، بل يجب لذلك أن يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المجنى عليه . ولما كان مالك الحيوان لم يثبت أن الإصابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المجنى عليه ، إذ لا يكفى أن يستنتج خطأ المجنى عليه من هدوء طبيعة الجمل وعدم اعتياده على العض وأنه لا بد لذلك أن يكون قد أسىء إليه ، بل يجب أن يقوم الدليل على هذه الإساءة ، فإن افتراض الخطأ يبقى قائماً فى جانب المالك (استئناف مصر الوطنية فى ١٥ مايو ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ١٠٨٠) . وقضت أيضاً فى قضية مماثلة ، سلم فيها صاحب الجمل جمله إلى أجير عنده لقيادته فعقر الجمل الأجير ، بأنه يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قديم) أن الشارع جعل مسئولية مالك الحيوان أو مستخدمه هى الأصل ، إلا إذا قام دليل قاطع على أن الضرر الذى أصاب الغير إنما أصابه بحادثة قهرية أو بإهماله هو ، والذى يستفيد من هذه المسئولية المفترضة ليس فقط الشخص الأجنبى عن المالك ، بل يستفيد منها أيضاً الأشخاص الذين يعملون فى خدمة المالك إذا كلفهم الملك المذكور بأن يسوقوا الحيوان أو يعتنوا به أو يقوموا بخدمته (استئناف مصر الوطنية فى ١٧ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص ٥٢٩ — انظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢ نوفبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٨ ص ٧٩) . وقضت محكمة استئناف أسيوط فى هذا المعنى أيضاً بأن القانون فى المادة ١٥٣ مدنى (قديم) يفترض وقوع خطأ أو إهمال من مالك الحيوان الذى أحدث ضرراً بالغير ، ولذا جعله مسئولا عن كل ضرر ينشأ عن الحيوان بلا أدنى قيد ، والمصاب فى غير حاجة إلى إقامة الدليل على خطأ أو إهمال من المالك لأن القانون افترض خطأه . ولما كان تدخل المصاب من تلقاء نفسه وهو عامل عند صاحب الحمير لمنع الحمير من التشاجر فيما بينها دون الاستعانة بعصاً لا يعد خطأ أو إهمالا منه ، لذلك تكون المسئولية واقعة على =

حارس الحيوان والمضرور ، كما إذا استأجر شخص الحيوان وصاحبه لينقله من مكان إلى آخر ، فأضر الحيوان بالمستأجر ، فإن صاحب الحيوان فى هذه الحالة يكون مسئولا مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية ، لأنه التزم فى عقد النقل بضمان سلامة الراكب . وإذا أحدث الحيوان ضرراً بحيوان آخر ، فمالك الحيوان المضرور يرجع على حارس الحيوان الأول بالخطأ المفترض لأنه من الغير (١) .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالحارس نفسه ، فلا يستطيع الحارس أن يرجع على المالك إلا إذا أثبت خطأ فى جانبه طبقاً للقواعد العامة .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بالمالك وكان غير الحارس ، فللمالك أن يرجع على الحارس بالخطأ المفترض ، ويعتبر غيرا فى هذه الحالة .

= المالك ، لأن خطأه المفترض قانوناً لم يرفع بخطأ المصاب (استئناف أسيوط فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٤ ص ٨٠) .

أما إذا ثبت خطأ فى جانب المصاب ، فإن هذا الخطأ قد ينفى علاقة السببية ما بين الضرر و الخطأ المفترض فى جانب المسئول . وقد قضت محكمة طنطا الاستئنافية بأنه إذا ثبت أن الجمل انتزع رباطه من الوتد وعض الخادم المكلف بخدمة المواشى ، وثبت أن الخادم لم يتخذ الاحتياطات الضرورية فى ذلك الفصل من السنة لأنه لم يكم الجمل ، وأن الجمل لم يكن حيواناً خطراً معتاداً على العض ، كان الضرر ليس إلا نتيجة إهمال المصاب وتعين رفض دعواه (طنطا استئنافى فى ١٠ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٠ ص ٣٣٧) .

وإذا سلم صاحب الحيوان حيوانه إلى المستخدم لينتفع به انتفاعاً شخصياً ، انتقلت الحراسة إلى المستخدم ، ولا يكون صاحب الحيوان مسئولا عن الضرر الذى يحدثه الحيوان للمستخدم (استئناف مختلط فى ٢٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٨٧) .

ويذهب الأستاذ مصطفى مرعى إلى أن مالك الحيوان لا يكون مسئولا تجاه خادمه المكلف بمراقبة الحيوان ، بمقتضى خطأ مفترض ، بل يجب على الخادم أن يثبت خطأ فى جانب المالك ، كأن يكون المالك قد أخفى عن خادمه عيباً يعلمه فى الحيوان ، أو يكون المالك قد سلم الحيوان لخادم صغير لا تسمح له سنه بملاحظة الحيوان ، أو يكون المالك قد قصر فى تجهيز الحيوان بالأدوات اللازمة لصده وكبح جماحه (المسئولية المدنية فقرة ٢٤١) .

(١) وإذا اتفق شخصان على أن يتركا مواشيهما فى مكان واحد ، وأن يعفى كل منهما من مسئوليته عن مواشيه ، فإن شرط الإعفاء يكون إعفاء من المسئولية التقصيرية ، فيكون باطلا ، ويعتبر كل منهما مسئولا عن مواشيه قبل الآخر بمقتضى خطأ مفترض .

وإذا أوقع الحيوان الضرر بذاته ، بأن اختنق بحبل مثلا ، وكان الحارس هو المالك ، هلك الحيوان على مالكه . أما إذا كان الحارس غير المالك، فلا يستطيع المالك فى هذه الحالة أن يحتج على الحارس بالخطأ المفترض ، فإن افتراض الخطأ لا يقوم إلا لضرر أصاب الغير لا الحيوان ذاته . ولكن يجوز للمالك أن يثبت خطأ فى جانب الحارس ، فيرجع عليه بالتعويض للخطأ الذى أثبته لا لخطأ مفترض .

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه مسئولية حارس الحيوان

٧٠٥ — مسألتان : متى تحققت مسئولية حارس الحيوان على النحو الذى قدمناه . قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس كما أسلفنا . ونبين الآن : (١) ما هو هذا الخطأ (٢) وإلى أى حد هو مفترض .

§ ١ — ما هو الخطأ

٧٠٦ — خطأ فى الحراسة : الخطأ المفترض فى جانب حارس الحيوان هو خطأ فى الحراسة (faute dans la garde) . وعلى هذا الخطأ قامت مسئولية الحارس ، فالخطأ إذن هو أساس المسئولية . ولا يمكن أن يقال إن أساس المسئولية هو تحمل التبعة (risque) ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالحيوان لا الحارس ، ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبى .

والخطأ فى الحراسة هو إفلات الحيوان من سيطرة الحارس ، لأن هذا الإفلات هو الذى أحدث الضرر .

٧٠٧ — ما الذى يثبته المضرور : ولا يكلف المضرور إلا بإثبات الشروط التى تتحقق بها مسئولية حارس الحيوان . فيجب عليه أن يثبت أولا أن المدعى عليه هو حارس الحيوان ، وقد قدمنا أن هناك قرينة على أن المالك هو الحارس إلى أن يثبت أن

حراسة الحيوان قد خرجت من يده. ويجب عليه بعد ذلك أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل الحيوان، أى أن الحيوان قد تدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر، وأن الضرر قد حدث بفعله لا بفعل الإنسان ولا بفعل الشىء، على التفصيل الذى سبق ذكره.

§ ٢ — إلى أى حد هو مفترض

٧٠٨ — الافتراض لا يقبل إثبات العكس : الخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس [١]، بخلاف الخطأ المفترض فى جانب متولى الرقابة فهو افتراض يقبل إثبات العكس كما قدمنا.

فلا يجوز إذن للحارس، متى أثبت المضرور الشروط التى تتحقق بها مسئوليته، أن ينفى الخطأ عن نفسه، بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ وأنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الحيوان الضرر. ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الحيوان قد أفلت من يده، وهذا الإفلات هو ذات الخطأ. وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر، فلا حاجة إذن لإثباته بدليل آخر، ولا جدوى من نفيه بإثبات العكس. وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، فهو خطأ قد تم إثباته، ولا يتصور إذن أن يثبت عكسه [٢].

(١) وتختلف مسئولية صاحب الحيوان الجنائية عن المسئولية المدنية، ففى الأولى لا يفترض الخطأ بل يجب إثباته. وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأنه لا يكفى لمحاكمة شخص جنائياً عما يصيب الغير من الأذى بفعل الحيوان أن يثبت أن ذلك الحيوان مملوك له، لأن ذلك إذا صح مبدئياً أن يكون سبباً للمسئولية المدنية، فإنه لا يكفى لتقرير المسئولية الجنائية التى لا يصح أن يكون لها محل إلا إذا ثبت على المالك نوع من أنواع الخطأ فى المحافظة على حيوانه ومنع أذاه عن الغير، وفى هذه الحالة يجب بيان نوع هذا الخطأ فى الحكم ووجه نسبته إلى مالك الحيوان بالذات (نقض جنائى فى ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١٤٣ ص ٢٦٣). انظر فى هذه المسألة مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٣٦.

[راجع عبد المنعم فرج الصدة ص ٥٦٢ وقارن سليمان مرقس نهاية فقرة ٤٩٧ صفحة ٦٦٢].

(٢) سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٠٦ — وقد كان الفقه فى فرنسا يجعل افتراض الخطأ قابلا لإثبات العكس، وتابعه القضاء الفرنسى فى ذلك. ثم تحول القضاء فجعل افتراض الخطأ غير قابل لإثبات العكس. وتحول الفقه إلى هذا النظر أيضاً، وتبعهما فى ذلك التقنين المصرى القديم ثم التقنين المصرى الجديد.

وقد سبق القول إن افتراض الخطأ إنما يقوم فى العلاقة ما بين الحارس والمضرور ، فلا يقوم إذا أحدث الحيوان ضرراً لنفسه أو أحدث ضرراً للحارس[1] . وقدمنا أيضاً أن مسئولية حارس الحيوان قد تجتمع مع مسئولية المتبوع فى شخص واحد . فمالك الحيوان إذا دفعه إلى السائق محتفظاً بالحراسة ، فألحق الحيوان ضرراً بالغير ، أمكنت مساءلة المالك باعتباره حارساً للحيوان حيث يفترض الخطأ فى جانبه افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، كما تمكن مساءلته باعتباره متبوعاً للسائق ولكن يجب على المضرور فى هذه الحالة أن يثبت خطأ فى جانب السائق[2] .

وقد رأينا أن المتبوع تتحقق مسئوليته ولو كان عديم التمييز . أما حارس الحيوان فلا يجوز أن يكون عديم التمييز ، لأن مسئوليته قائمة على الخطأ ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ فى جانبه[3] .

٧٠٩ — جواز نفى المسئولية بنفى علاقة السببية : ولا يستطيع حارس الحيوان أن ينفى عنه المسئولية إلا بنفى علاقة السببية ما بين فعل الحيوان والضرر الذى وقع ، وذلك بأن يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى ، قوة قاهرة أو حادث مفاجىء أو خطأ المضرور أو خطأ الغير . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٦ إذ تقول : « ... ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه » ، وهو ما أجمع عليه الفقه[4]

---

(١) ولا يقوم افتراض الخطأ أيضاً فى العلاقة ما بين حارس الحيوان وشخص غير المضرور ، فلو ثبت أن فعل الحيوان الذى أحدث الضرر كان سببه استفزاز أجنبى للحيوان ، وأراد حارس الحيوان أن يرجع بما دفع من تعويض للمضرور على هذا الأجنبى ، فلا يجوز للأجنبى فى هذه الحالة أن يحتج بالخطأ المفترض فى جانب الحارس لتقسيم التعويض فيما بينهما (سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٠٥ ص ١٢٣) .

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦٩٣ .

(٣) [قارن سليمان مرقس فى مصادر الالتزام فقرة ٤٩٤ ص ٦٥٧ وعبد المنعم فرج الصدة نهاية فقرة ٥١٧ ص ٥٦٢ إذ يقولان بتحقق المسئولية قبل حارس الحيوان ولو كان غير مميز] .

(٤) الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٨ — مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٤٨ — حشمت أبو ستيت فقرة ٥١٥ — سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٠٦ .

والقضاء[1] فى مصر .

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بان المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قـديم) تفترض حصول خطأ أو إهمال من صاحب الحيوان ، وهذا الفرض القانونى لا يسقطه إثبات عدم حصول خطأ أو إهمال ، بل يجب لإسقاط المسئولية أن يثبت المسئول أن الإصـابة حصلت بسبب قهرى أو بخطأ المجنى عليـه (استئناف مصر الوطنية فى ١٥ مايو سنة١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٨٥ ص ١٠٨٠) . وقضت أيضاً بأن الذى يؤخذ من نص المادة ١٥٣ مدنى أهلى (قديم) أن الشارع جعل مسئولية مالك الحيوان أو مستخدمه هى الأصل ، إلا إذا قام دليل قاطع على أن الضرر الذى أصاب الغير إنما أصابه بحادثة قهرية أو بإهماله هو (استئناف مصر الوطنية فى ١٧ يونية سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٦١ ص ٥٢٩) .

وانظر أيضاً فى هذا المعنى استئناف أسيوط فى ١٥ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣رقم ٤٤ ص ٨٠ — محكمة بنى سويف فى ١١ فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١٢٤ ص ٣٤٦ . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المسئولية عن الحيوان لا ترتفع إلا بإثبات السبب الأجنبى (استئناف مختلط فى ٢٧ نوفبر سـنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٨ : ولا يكفى أن يقال إن الحصان جفل من قدوم راكب آخر أو أن المصاب كان يسير وسط الطريق) . أنظر أيضاً : استئناف مختلط فى ٩ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٥٨ (ترك الحمار على الرصيف دون قيد ، ولـكن المار تعرض له ليمر فأصيب : خطأ مشترك) — وفى ٢٦ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٤ (من يقود حيواناً فى طريق عام يجب عليه أن يحكم وثاقه حتى لا يفلت منه) —وفى ٣ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص٤٠٢ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم : لا يعفى حارس الحيوان من المسئولية أن يكون المصاب عالماً أن الكلب مطلق السراح فى الحديقة وهو كلب خطر ، فقد كان الواجب على الحارس ألا يدع الـكلب وهوخطر مطلق السراح)—وفى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٣٨ — وقضت محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة فى ٨ ديسمبر سـنة ١٩٢٨ (جازيت ٢٠ رقم ١٨٧ ص ١٧٢) أنه تعتبر قوة قاهرة أن يتزعج حصان من أجراس مركبة الحريق فيجفل فيصيب ماراً .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحـكم ، إذ قضى بتقرير مسئولية وزارة الحربية عن الضرر الناشىء من إحدى الأفراس المملوكة لها ، قد أقام قضاءه على أن مورث المطعون عليها كان وكيلا عسكرياً بالوزارة المذكورة ، ومن أخص أعمال وظيفته القيام بالعمل الذى قام به ، وفقاً لـما قرره المجلس العسكرى الذى شكل عقب وقوع الحادث ، وأنه وقت إصابته كان فى طريقه للخروج من ساحة العرض بعد أن تم استعراض الخيول ، وأن الحادث لم يقع بقوة قاهرة أو بسبب خطأ من جانب المصاب ، وأن مسـئولية مالـكة الحيوان (الوزارة) ، لا تتوقف على خطأ معين يثبت فى حقها وأنها تقوم على مظنة الخطأ وحدها وهى بمثابة قرينة قانونية تستلزم مساءلتها ، فإن المحـكمة تكون قد نفت فى حدود سلطتها الموضوعية وقوع الحادث بقوة قاهرة أو بسبب خطأ من جانب مورث المطعون عليها وهى إذ قضت بمسئولية الوزارة عن الضرر الذى أصاب المطعون عليها بوفاة مورثها تكون قد استندت فى هذا الشأن إلى أسباب مسوغة لحـكمها (نقض مدنى ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨٥ ص ٥٠٢)] .

المبحث الثانى

مسئولية حارس البناء (*)

٧١٠ — النصوص القانونية : لم يكن التقنين المدنى القديم يشتمل على نص لتحديد المسئولية عن تهدم البناء ، فكانت القواعد العامة للمسئولية هى التى تنطبق ، وإن كان القضاء المصرى ، عن طريق القرائن القضائية ، اقترب من القواعد الخاصة التى اشتمل عليها القانون الفرنسى فى المسئولية عن تهدم البناء . إذ تنص المادة ١٣٨٦ من التقنين المدنى الفرنسى على أن « مالك البناء يكون مسئولا عما يحدث تهدمه من الضرر إذا كان هذا التهدم يرجع إلى نقص فى الصيانة أو إلى عيب فى البناء » . فكان هذا النص يشدد من مسئولية مالك البناء عما قررته القواعد العامة ، فمسئولية المالك طبقاً لهذا النص تقوم على خطأ مفترض متى أثبت المضرور أن الضرر يرجع إلى نقص فى صيانة البناء أو إلى عيب فيه ، ويفترض عندئذ افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا النقص فى الصيانة أو هذا العيب منسوب إلى خطأ من المالك . أما التقنين المصرى القديم فلم يتضمن كما قدمنا ما يقابل المادة ١٣٨٦ من التقنين الفرنسى . وترتب على ذلك أن حارس البناء لا المالك كان هو المسئول ، وكانت مسئوليته مبنية على القواعد العامة ، أى على خطأ ثابت لا على خطأ مفترض ، فكان لابد من أن يثبت المضرور خطأ فى جانب الحارس حتى تتحقق المسئولية .

(*) بعض المراجع : مازو ٢ فقرة ١٠١٩ — فقر ١٠٧٠ — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦٠٧ — فقرة ٦١١ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٠٨٥ — فقرة ١٠٩٣ — كولان وكابيتان ودى لاموارانديير ٢ فقرة ٣٦٢ — فقر ٣٦٥ — جوسران ٢ فقرة ٥٢٤ — فقرة ٥٢٨ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٥٩ — فقرة ٣٦٢ — مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٦٦ — فقرة ٢٩٢ — حشمت أبوستيت فقرة ٥١٦ — فقرة ٥١٩ — سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٠٧ — فقرة ١١٢ — [أنور سلطان فقرة ٥٥٣ — ٥٦٠ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢٢ — ٥٢٨] .

قلنا إن القضاء المصرى كان قد اقترب من قواعد القانون الفرنسى ، وقرب الشقة بين القانونين المصرى والفرنسى أمران :

(أولا) أن القضاء المصرى كان يتشدد كل التشدد فى التزام حارس البناء ، فكان يطالبه باليقظة والانتباه حتى لا يكون البناء مصدراً للخطر ، وأى إهمال فى ذلك مهما كان تافهاً يوجب مسئولية الحارس عن تعويض ما وقع من الضرر .

(ثانياً) أن هذا القضاء من جهة أخرى كان يتساهل كل التساهل فى حق المضرور ، فيجيز له إثبات خطأ حارس البناء بأتفه القرائن .

فهذا التشدد فى جهة وهذا التساهل فى جهة أخرى كان من شأنه أن يجعل القضاء المصرى يقترب من القانون الفرنسى ، ويستعيض عن القرينة القانونية المقررة فى هذا القانون بقرينة قضائية قررها هو . ومن ثم أمكنه فى كثير من الأحوال أن يقرر دون نص مسئولية حارس البناء إذا ثبت أن هناك عيباً فى البناء أو نقصاً فى الصيانة[1] .

وقد جاء التقنين المصرى الجديد بنص خاص فى مسئولية حارس البناء ، فقضى فى المادة ١٧٧ بما يأتى :

« ١ — حارس البناء ، ولو لم يكن مالكاً له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، ولو كان انهداماً جزئياً ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه » .

---

(١) انظر نقض مدنى فى ١٧ يونيه سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص ١٧٥ (وقارن نقض مدنى فى ٣ نوفبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٤٠ ص ٤٢١) — استئناف مصر وطنى فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٧٩/٢ ص ٥٨٦ — وفى ٢٨ نوفبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٠٢ ص ٨٧١ — وفى ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٤٥ ص ٨٤١ — استئناف مختلط فى ٢ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٧٠ — وفى ٢٨ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١١ — وفى ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٦٠ — وفى ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٢٢ — وفى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨ — وفى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٥ . وانظر الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٢ .

« ٢ — ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ مايلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك ، جاز الحصول على إذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه »[(١)] .

ويتبين لأول وهلة من هذا النص أنه يختلف عن النص الوارد فى التقنين الفرنسى فى أمور ثلاثة :

(١) فى أنه يجعل المسئولية على حارس البناء لا على مالكه ، وهذا هو الذى يتمشى مع قواعد المسئولية .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب نص القانون الجديد . وأقرته لجنة المراجعة بعد تعديلات لفظية تحت رقم المادة ١٨١ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عبارة « ولم يكن مالكا » بعد عبارة « حارس البناء » ، وأصبح رقم المادة ١٧٧ . وقالت اللجنة فى تقريرها : « اقترح الاستعاضة عن اصطلاح الحارس فى المادة ١٧٧ باصطلاح مالك البناء أو حائزه بنية التملك . ولم تر اللجنة الأخذ بهذا الاقتراح ، لأن تعبير « حارس البناء أو الشىء » قد يتسع نطاقه لصور أخرى لا تندرج تحت الصيغ المقترحة ، وقد استعمل الفقه فى مصر اصطلاح الحراسة فى هذا الشأن بوصفه مرادفا لتعبير (Garde) فى اللغة الفرنسية ، ودلالة هذا التعبير معروفة ، وهى مرنة ، ومن غير المرغوب فيه حصرها فى حدود صور بخصوصها . وتعبير المشروع مع هذا الإيضاح لا يدعو إلى لبس ولا يقيد الاجتهاد » . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٨ — ص ٤٣٤) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لم يعرض التقنين المصرى للمسئولية عن البناء ، ولذلك جرى القضاء المصرى بشأنها على تطبيق القواعد العامة ، وجعل من الخطأ الثابت أساساً لها ، ولو أنه لا يتشدد كثيراً فيما يتعلق بجسامة هذا الخطأ . أما المشروع فقد آثر تأسيس هذه المسئولية على الخطأ المفروض ، وألقى عبئها على عاتق حارس البناء دون مالكه على خلاف ما اختار التقنين الفرنسى . فتظل مسئولية الحارس قائمة ما لم يثبت أن تداعى البناء لا يرجع إلى إهمال فى صيانته أو قدم أو عيب فى إنشائه . أما التقنين الفرنسى فيلزم المضرور على النقيض من ذلك بإقامة الدليل على إهمال الصيانة أو القدم أو العيب فى إنشاء البناء ، فإذا تم له تحصيل هذا الدليل أصبح مفروضاً أن تداعى البناء يرجع إلى أحد هذه الأسباب ، ويكون إذن ناشئاً عن خطأ المالك » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣١) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى . السورى م ١٧٨ (موافق) — الليبى م ١٨٠ (موافق) ، العراقى م ٢٢٨ — ٢٣٠ (مقارب) — اللبنانى م ١٣٣ (مقارب) .

(٢) وفى أنه يشدد من المسئولية أكثر مما يفعل التقنين الفرنسى ، إذ لا يتطلب النص المصرى أن يثبت المضرور إهمالا فى الصيانة أو قدماً فى البناء أو عيبا فيه ، بل حارس البناء هو الذى يثبت ألاّ إهمال فى الصيانة وألا قدم فى البناء وألا عيب فيه .

(٣) فى أنه يجيز اتخاذ احتياطات وقائية إذا كان البناء يهدد بالسقوط ، فلا ينتظر من كان مهدداً بضرر من جراء تهدم البناء أن يتهدم فيطالب بالتعويض ، بل يستطيع أن يطالب باتخاذ التدابير الضرورية لدرء الخطر قبل وقوعه .

ولاشك فى أن التقنين الجديد شدد كثيراً فى المسئولية عن تهدم البناء ، وأتى لمساعدة من تصيبهم أضرار من ذلك ، فلم يتركهم إلى القواعد العامة التى توجب عليهم إثبات الخطأ فى جانب المسئول .

وتسرى هذه القواعد الجديدة منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أى منذ نفاذ التقنين الجديد . والعبرة فى ذلك بتاريخ وقوع الضرر الذى ينجم عن تهدم البناء ، فإذا وقع هذا الضرر فى تاريخ سابق على هذا التاريخ فالتقنين القديم هو الذى ينطبق ، وإلا فالتقنين الجديد[1] .

ونفصل الآن قواعد هذه المسئولية ، فنتكلم فى أمرين : (١) متى تتحقق المسئولية عن تهدم البناء (٢) وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية .

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يسوغ تحميل مالكة المنزل مسئولية سقوط حائطه فى ظل العمل بالقانون المدنى القديم دون بيان وجه خطئها فى ذلك مع وجوب هذا البيان عملا بالمادة ١٥١ من ذلك القانون المنطبق على واقعة الدعوى والذى لم يرد فيه نص كالمادة ١٧٧ من القانون المدنى الجديد تفترض مسئولية حارس البناء عما يحدثه انهدامه من ضرر مالم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه ، وهذا تشريع مستحدث لا يسرى إلا من تاريخ العمل به : نقض مدنى فى ٢٢ من أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٥ ص ٩٨ رقم ١٠] .

المطلب الأول

متى تتحقق المسئولية عن تهدم البناء

٧١١ — شرطان لتحقق المسئولية : تتحقق هذه المسئولية إذا تهدم البناء تهدماً كلياً أو جزئياً وألحق تهدمه ضرراً بالغير . فعندئذ يكون حارس البناء مسئولا عن هذا الضرر .

فتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) حراسة البناء (٢) تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر .

§ ١ — حراسة البناء

٧١٢ — تحليل هذا الشرط : لاتتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة بناء . فنبين مامعنى الحراسة وما المقصود من لفظ « البناء » .

٧١٣ — الحراسة : تتحدد الحراسة هنا على النحو الذى حددناها به فى حراسة الحيوان . فحارس البناء إذن هو من له السيطرة الفعلية على البناء ، فيكون مكلفاً بحفظه وتعهده بالصيانة والاستيثاق بأنه ليس قديما ولا معيباً بحيث يتهدد الناس بالخطر ، ويكون هو المتصرف فى أمره ، سواء ثبتت هذه السيطرة الفعلية بحق أو بغير حق ، أى سواء كانت السيطرة شرعية أو غير شرعية مادامت سيطرة فعلية قائمة . فحارس البناء لا يكون ضرورة هو المالك ، ولا المنتفع ، ولا الحائز .

ولكن المفروض أن مالك البناء هو الذى يسيطر عليه سيطرة فعلية وهو المتصرف فى شؤونه ، ومن ثم توجد قرينة على أن حارس البناء هو المالك . والبائع قبل التسليم ، حتى بعد تسجيل عقد البيع ، يستبقى السيطرة الفعلية على البناء ، فيبقى هو الحارس ،

ولا تنتقل الحراسة إلى المشترى إلا بالتسليم[1] . والمقاول الذى قام بتشييد البناء يعتبر حارساً له حتى يسلمه لمالكه[2] . والمالك المعلق ملكه على شرط فاسخ أو على شرط واقف يعتبر أنه هو الحارس إذا تسلم البناء وكانت له عليه السيطرة الفعلية .

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمنتفع (usufruitier) والمستحكر والمرتهن رهن حيازة والحائز للبناء بنية تملكه سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية . أما المستأجر والمستعير فلا يعتبران فى الغالب من الأحوال حارسين لأن السيطرة الفعلية على البناء — خلافاً للحيوان والمنقول — تبقى عادة عند المالك[3] . لكن إذا أقام المستأجر بناء فى العين المستأجرة اعتبر حارساً له إلى أن تنتقل ملكية هذا البناء إلى المالك وفقاً للاتفاق أو لقواعد الالتصاق[4] .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا مسئولية على المالك لمنزل لو سقط بعض بنائه على إنسان فقتله إذا تبين أن المالك المذكور اشترى هذا المنزل ، ولكنه لم يكن قد وضع يده عليه بسبب نزاع وقع بينه وبين آخرين (استئناف وطنى فى ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ رقم ٢٠٠ ص ١٨٤) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بمسئولية المشترى بعقد غير مسجل مادام حائزاً (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ ص ١١٢) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجب على المقاول اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الضرر عن الجيران (استئناف مختلط فى ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤١ ص ٢٢٢ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٨٣ — وفى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٤) — على أن الجار الذى يكون منزله قديماً غير متين لا يجوز له أن يزيد فى أعباء المالك أو المقاول ، وعليه أن يساهم فى نفقات تقوية بنائه (استئناف مختلط فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٢ — وفى ٣١ أكتوبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٩ — وفى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٦ — وفى ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٨٣) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن تمسك مالك البناء بأن العين المملوكة له مؤجرة للغير وبذا انتقلت حيازتها القانونية لهذا الغير ، وبأنه اشترط عليه أن يقوم هو بالتصليحات اللازمة ، وإذن فإن المسئولية عن الضرر الذى وقع تنتقل إلى المستأجر ، فذلك لا يجديه فى دفع المسئولية عنه ، ولكنه لا يمنعه من الرجوع على المستأجر منه إذا رأى أنه مسئول أمامه (نقض مدنى فى ١٧ يونيه سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٤ ص ١٧٥) .

(٤) ومن أحكام القضاء المصرى فيمن هو المسئول عن تهدم البناء فى ظل القانون القديم : إذا كان المالك قاصراً فلا تكون عنده الحراسة ، بل المسئول هو الوصى (استئناف مختلط فى ٦ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٥٨) — والحائز سواء كان حسن النية أو سيئها يكون هو المسئول لا المالك (استئناف مختلط فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٥٨ ص ١١٢) — والبناء فى أثناء تشييده أو ترميمه تكون =

وقد يــكون الحارس شخصاً معنوياً كجمعية أو شركة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ..

وقد يجعل القانون للحارس حق الرجوع على شخص آخر مسئول نحوه كمهندس البناء والمقاول وهما مسئولان عما يحدث فى خلال عشر سنوات من ضرر عن تهدم البنـاء (م ٦٥١ من التقنين الجديد) ، وكالمستأجر وهو مسئول عن صيانة العين المؤجرة ، وكالبائع وهو ضامن للعيب الخفى .

٧١٤ — البناء: والبناء هو مجموعة من المواد مهما كان نوعها — خشباً أو جيراً أو جبساً أو حديداً أو كل هذا معاً أو شيئاً غير هذا — شيدتها يد إنسان لتتصل بالأرض اتصال قرار . ويستوى أن يكون البناء معداً لسكنى إنسان أو لإيواء حيوان أو لإيداع أشياء . فالبيوت والزرابى والمخازن تعتبر بناء . بل قد لا يكون البناء معداً لشىء من ذلك ، فالحائط المقام بين حدين بناء ، والعمد التذكارية وما إليها من تماثيل مبنية على سطــح الأرض بناء ، وكذلك القناطر والخزانات والسدود والجسور (الـكبارى) وكل ما شيد فى باطن الأرض بناء ، كالأنفاق والمصارف والمجارى وأنابيب المياه والغاز . ويعتبر كل هذا بناء ولو لم يتم تشييده ، فإذا أحدث تهدمه ولما يزل فى دور التشييد ضرراً كان الحارس — وهو المقاول عادة — مسئولا عنه .

= المسئولية فيه على المقاول دون المالك (استئناف مختلط فى ١٠ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٠٦ — وفى ٥ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٢٢) . فاذا تمت الأعمال وسلم البناء للمالك ومضت مدة كافية على ذلك ، رجعت إليه المسئولية ، على أن يرجع على المقاول إذا كان هناك وجه لذلك (استئناف مختلط فى ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٩٦ — وفى ١٠ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٣٢) — مقاول أعمـال البناء مسئول عن تسرب المياه تحت الأرض (استئناف مختلط فى ٣ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٢) — إذا كان أحد شركاء البناء هو المشرف على عملية البناء ، فهو وحده المسئول دون سائر شركائه ودون المقاول الذى كان مقتصراً على توريد الأنفار (استئناف وطنى فى ٣ ينـاير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٦٥ ص ٧٦٤) — وفى المسئولية عن المصعد (استئناف مختلط فى ١٤ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٧ — وفى ٨ يونية سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٦٢ — وفى ٢٣ يونية سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٧٦) .

ولا يعتبر بناء العقار بالتخصيص كالمصاعد. وكذلك الأرض لا تعتبر بناء، فإذا تطايرت منها شظايا أضرت بالغير، فلا يعتبر هذا الضرر قد أحدثه تهدم البناء.

§ ٢ — تهدم البناء هو الذى أحدث الضرر

٧١٥ — *تحليل هذا الشرط* : يجب أن يكون الضرر الذى أصاب المضرور ناجماً من تهدم البناء. فننظر فيما يعتبر تهدماً وما لا يعتبر كذلك.

٧١٦ — *ما يعتبر تهدماً* : تهدم البناء هو تفككه وانفصاله عن الأرض التى يتصل بها اتصال قرار. ويستوى أن يكون التهدم كلياً أو جزئياً، كما إذا وقع سقف أو تهدم حائط أو انهارت شرفة أو سقط سلم. ويستوى كذلك أن يكون البناء قديماً أو جديداً، معيباً أو غير معيب، فلو تخرب مبنى بسبب قدمه أو بسبب حادث كأن يرمى بالقنابل فى غارة جوية، فإن تهدمه بعد ذلك تهدماً كلياً أو جزئياً إذا أحدث ضرراً يرتب مسئولية فى ذمة حارس البناء بمقتضى خطأ مفترض.

٧١٧ — *ما لا يعتبر تهدماً* : ولا يكفى أن يكون الضرر آتياً من البناء، ما دام هذا البناء لم يتهدم كله أو بعضه. فلو أن شخصاً زلقت رجله وهو يمشى فى غرفة دهنت «أرضيتها» دهاناً جعلها زلجة فأصيب بضرر، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً عن تهدم البناء، وعليه أن أن يثبت خطأ فى جانب المسئول.

ولو أن جسماً صلباً سقط من نافذة فى مبنى فوقع على شخص أصيب من إجراء ذلك بأذى، فإن هذا الضرر لا يعتبر ناجماً من تهدم البناء ما دام سقوط الجسم الصلب لم يكن نتيجة لتهدم النافذة[1].

---

(١) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص (م ٢٤٦ من هذا المشروع) يقضى بما يأتى : « كل من يقيم فى مسكن يكون مسئولا عما يحدث من ضرر بسبب ما يلقى أو يسقط من هذا المسكن، =

ويجب أن ينجم الضرر عن تهدم البناء تهدماً فعلياً ، لا عن مجرد أن يكون البناء مهدداً بالسقوط أو التهدم . وقد كان القانون الروماني في هذه الحالة يجعل الحق للشخص المهدد أن يستولي على البناء وأن يصلح ما به من الخلل . واتبع القانون الفرنسي القديم هذه القاعدة ، دون أن يجعل للشخص المهدد حق الاستيلاء على البناء . أما التقنين الفرنسي الجديد فلم ينص على هذا التدبير الوقائي . وسار التقنين المدني المصري القديم على نهج القانون الفرنسي في عدم النص على ذلك . ولكن التقنين المدني الجديد أجاز في هذه الحالة اتخاذ تدابير واقية ، وقد رأيناه ينص في الفقرة الثانية من المادة ١٧٧ على ما يأتي: «ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر . فإن لم يقم المالك بذلك ، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه » . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : «وقد احتذى المشروع مثال بعض التقنينات الأجنبية ، فقرر بين أحكام المسئولية عن البناء قاعدة خاصة بشأن ما يتخذ من التدابير الوقائية التي لا تنطوي على معنى التعويض. ويكفي لإعمال هذه القاعدة أن يتحقق معنى التهديد بوقوع الضرر من جراء البناء دون أن يقع فعلا . فلمن يتهدده هذا الضرر أن يكلف المالك ، دون الحارس ، باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر . فإذا لم يستجب مالك البناء لهذا التكليف ، جاز للمحكمة أن تأذن لمن

= ما لم يثبت أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . وقد أقرت لجنة المراجعة هذا النص . ووافق عليه مجلس النواب . ولم توافق عليه أغلبية لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، لأنها آثرت أن تظل المسئولية في نطاق ما يقضي به النص خاضعة للقواعد العامة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « عمد المشروع إلى تعزيز أحكام المسئولية عن البناء بإيراد قاعدة تتعلق بالمسئولية عما يلقى أو يسقط من المسكن ، ويراعى أن الضرر في هذه الحالة لا يحدث بسبب البناء نفسه أو بسبب جزء منه أو بسبب ما يتبعه من الملحقات ، بل بسبب ما يلقى أو يسقط منه متى كان مخصصاً للسكنى ، فيفترض خطأ ساكن البناء في هذه الصورة ، ويلزم بالتعويض ، إلا أن يقيم الدليل على أن الحادث وقع من جراء سبب أجنبي . وتختلف هذه المسئولية عن المسئولية العامة عن البناء من وجوه ثلاثة : (أ) فهي لا تترتب بناء على ضرر ينجم عن البناء أو أجزائه أو ملحقاته (ب) وهي لا تقع على عاتق الساكن (ح) وهي لا ترتفع إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢٩ في الهامش) .

يتهدده الضرر باتخاذ هذه التدابير على حساب المالك »[1] .

والحريق غير التهدم ، فإذا احترق بناء وامتدت الحريق إلى مبان مجاورة . فأصيبت بضرر ، لم يكن هذا الضرر ناجماً عن تهدم البناء ، حتى لو كان البناء المحترق انهدم عقب الحريق مباشرة نتيجة لهذا الحريق فأصاب الغير بالضرر[2] .

المطلب الثانى

الأساس الذى تقوم عليه المسئولية عن تهدم البناء

٧١٨ — مسألتان : متى تحققت مسئولية حارس البناء على الوجه الذى تقدم ذكره ، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس كما بينا . فنفصل الآن ما هو هذا الخطأ ، وإلى أى حد هو مفترض .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣١ (وانظر فى هذا المعنى المادتين ٩٨/٩٠ من التقنين التونسى والمراكشى ، والمادة ٥٩ من تقنين الالتزامات السويسرى ، والمادة ١٥١ فقرة ٢ من التقنين البولونى . وانظر عكس ذلك المادة ١١٦٦ من التقنين الأرجنتينى) .

(٢) أما إذا انهدم البناء بعد الحريق بمدة كافية ، ولو كان الانهدام نتيجة الحريق ، كان الضرر الذى يحدث ناجماً عن تهدم البناء . هذا وقد صدر قانون ٧ نوفبر سنة ١٩٢٢ فى فرنسا ، أضاف فقرة جديدة إلى المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى ، وقضى بأن الحائز للعقار أو المنقول ، إذا شب فيه حريق ، لا يكون مسئولا عن الضرر الذى يلحق الغير إلا إذا ثبت حصول الحريق بخطأ الحائز — أما فى العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر ، إذا احترقت العين المؤجرة ، فقد نصت المادة ٥٨٤ من التقنين المدنى الجديد على أن المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه ، فإذا تعدد المستأجرون لعقار واحد ، كان كل منهم مسئولا عن الحريق بنسبة الجزء الذى يشغله ، ويتناول ذلك المؤجر إن كان مقيما فى العقار ، هذا ما لم يثبت أن النار ابتدأ شبوبها فى الجزء الذى يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسئولا عن الحريق .

هذا والمسئولية عن تهدم البناء غير المسئولية عن الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة ، ولو كان هذا البناء تتطلب حراسته هـذه العناية الخاصة ، كمصنع لعمل المفرقعات ، فإذا تهدم هذا المصنع ، فأصاب الغير بضرر ، كان النص الواجب التطبيق هو المادة ١٧٧ لا المادة ١٧٨ ، فيجوز لحارس المصنع أن يخلص من المسئولية لا بإثبات السبب الأجنبى فحسب ، كما هو الأمر فى المادة ١٧٨ ، بل أيضاً بإثبات أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه . أما إذا وقع الضرر من المفرقعات ذاتها لا من تهدم المصنع ، وجب تطبيق المادة ١٧٨ ، ويكون حارس المفرقعات مسئولا ولا يتخلص من المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبى .

§ ١ — ماهو الخطأ

٧١٩ — ما الذى يثبته المضرور : تقدم أن حارس البنـاء مسئول عن تهدمه ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه .

فالمضرور هو الذى يكلف أولا بإثبات أمرين :

١ — أن الضرر الذى أصابه نجم عن تهدم البناء تهدماً كلياً أو جزئياً . وقد بينا متى ينجم الضرر عن تهدم البناء .

٢ — أن المدعى عليه هو حارس البناء الذى تهدم . وقد بينا كيف يتحدد حارس البناء .

٧٢٠ — ما الذى يثبته حارس البناء : فإذا ما أثبت المضرور ذلك ، كان على حارس البناء ، حتى يدفع مسئوليته عن طريق نفى الخطأ ، أن يثبت أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى إهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه[1] .

فإذا لم يستطع إثبات ذلك افترض القانون أمرين :

(أولا) أن التهدم سببه إما إهمال فى صيانة البناء أو قدم هذا البناء أو وجود عيب فيه.

(ثانياً) أن هذا الإهمال أو القدم أو العيب منسوب إلى خطأ حارس البناء ، فهو الذى قصر بأن لم يعن عناية كافية بصيانة البناء أو بتجديده أو بإصلاحه ، فترتب على هذا التقصير أن تهدم البناء .

ومن ثم نرى أن مسئولية حارس البناء تقوم على خطأ مفترض فى جانبه ، هو الإهمال فى صيانة البناء أو فى تجديده أو فى إصلاحه ، حتى تداعى البنـاء وتهدم فأصاب الغير

---

(١) أما فى التقنين المدنى الفرنسى ، فقد قدمنا أن المضرور هو الذى يجب عليه أن يثبت فى جانب مالك البناء إهمالا فى الصيانة أو عيباً فى البنـاء . فالإهمال فى الصيانة أو العيب فى البناء غير مفترض فى التقنين الفرنسى ، بل يجب على المضرور إثباته . وهو فى التقنين المصرى الجديد مفترض افتراضاً قابلا لإثبات العكس ، وحارس البناء هو الذى يثبت أن تهدم البناء لا يرجع سببه إلى ذلك كما رأينا .

بالضرر[١] .

§ ٢ — إلى أى حد هو مفترض

٧٢١ — الخطأ المفترض ذو شقين ، أحدهما قابل لإثبات العكس والآخر غير قابل لذلك : هذا الخطأ المفترض فى جانب حارس البناء هو كما رأينا خطأ ذو شقين ، الشق الأول منه يقوم على أن التهدم سببه إهمال فى صيانة البناء أو تجديده أو إصلاحه ، والشق الثانى يقوم على أن هذا الإهمال منسوب إلى خطأ الحارس .

والشق الأول من هذا الخطأ المفترض يقبل إثبات العكس ، أما الشق الآخر فلا يقبل.

وتفصيل ذلك أن حارس البناء يستطيع أن ينفى الشق الأول ، بأن يثبت أن التهدم ليس سببه إهمالا فى صيانة البناء أو فى تجديده أو فى إصلاحه . وهو يستطيع ذلك بإحدى وسيلتين : إما بإثبات أن البناء لم يكن فى حاجة إلى صيانة أو إلى تجديد أو إلى إصلاح ، بل كان الحارس قائماً كما ينبغى بصيانته وتجديده وإصلاحه ، وإما بإثبات أن التهدم كان نتيجة لسبب غير الحاجة إلى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح ، كحريق شب فى البناء أو متفجرات دمرته أو قنابل ألقيت عليه أو نحو ذلك . فإذا قام بهذا الإثبات ، دفع عن نفسه الخطأ المفترض ، ووجب تطبيق القواعد العامة ، وتعين على المضرور أن يثبت خطأ فى جانبه[٢] .

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قتل أحد سكان المنزل خطأ نتيجة عدم اتخاذ مالكه الاحتياطات اللازمة لحماية السكان عند إجراء إصلاحات به ، فانه لا يشترط لمسئولية صاحب المنزل أن تكون هناك رابطة قانونية بينه وبين المجنى عليه : نقض جنائى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ رقم ٤٣٢ ص ١٤٦٣] .

(٢) لكن إذا ثبت أن التهدم وقع فى أثناء القيام بهدم البناء أو بإصلاحه ، فإن كان التهدم راجعاً إلى إهمال فى الصيانة أو إلى قدم فى البناء أو إلى عيب فيه ، تحققت المسئولية بمقتضى الخطأ المفترض . أما إذا كان التهدم لم يقع إلا نتيجة للهدم أو للإصلاح ، وجب تطبيق القواعد العامة وإثبات الخطأ فى جانب المسئول .

وقد قدمنا أن البناء إذا شبت حريق فيه أو خربته متفجرات أو قنابل ، وبقى مخرباً ، ثم تهدم بعد ذلك ، =

أما إذا لم يستطع أن ينفى الشق الأول ، بقى هــذا الشق مفترضاً فى جانبه . وكذلك يبقى الشق الثانى مفترضاً لأن افتراضه لا يقبل إثبات العكس ، ويعتبر الإهمال فى الصيانة أو التجديد أو الإصلاح منسوباً إلى خطئه . ولا يستطيع الحارس فى هذه الحالة أن يدفع عنه المسئولية إلا بنفى علاقة السببية ما بين تهدم البناء والضرر الذى وقع ، بأن يثبت مثلا أن زلزالا كان هو السبب فى التهدم وهذه هى القوة القاهرة ، أو أن عدواً مغيراً هو الذى خرب البناء وهذا هو خطأ الغير ، أو أن المضرور نفسه هو الذى منع حارس البناء من القيام بأعمال الصيانة أو التجديد أو الإصلاح وهذا هو خطأ المضرور .

ولما كان عديم التمييز لا يتصور الخطأ فى جانبه ، وكانت مسئولية حارس البناء قائمة على خطأ مفترض ، فحارس البناء لا يجوز أن يكون عديم التمييز ، وتنتقل الحراسة إلى من يقوم مقامه من ولى أو وصى أو قيم . وهذه وهى القاعدة فى كل مسئولية تقوم على الحراسة كالمسئولية عن الحيوان والمسئولية عن الأشياء[1] .

٧٢٢ — الخطأ المفترض لا يقوم عند قيام علاقة عقدية : والخطأ المفترض بشقيه لا يقوم حيث توجد علاقة عقدية ما بين حارس البناء والمضرور . فإذا كان المضرور هو مستأجر البناء مثلا وتهدم البناء فأصابه بالضرر ، رجع المستأجر على المؤجر بمقتضى مسئولية عقدية مصدرها عقد الإيجار ، ولا محل للمسئولية التقصيرية[2] . وإذا كان المضرور نزيلا

= قامت المسئولية على الخطأ المفترض . أما إذا تهدم البناء فوراً بشبوب الحريق أو بفعل المتفجرات أو القنابل ، لم تقم المسئولية على خطأ مفترض، بل طبقت القواعد العامة ، ووجب إثبات الخطأ فى جانب المسئول .

(١) [قارن أحمد حشمت أبوستيت ص ٥٠٤ هامش ١ ، عبد المنعم فرج الصدة ص ٥٧٠ ، وسليمان مرقس نهاية فقرة ٥٠٨ ص ٦٧٤ حيث يرون تحقق المسئولية قبل حارس البناء ولو كان غير مميز . وانظر مع ذلك أنور سلطان فقرة ٥٥٩ ص ٥٢٤] .

(٢) انظر عكس ذلك مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٢٧٨ — فقرة ٢٨٢ ، وما أورده من أحكام القضاء المصرى . وانظر عكس ذلك أيضاً : استئناف مختلط فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٥٤ — وفى ٢٤ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٧٢ — وفى ٥ يونية سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٥ — وفى ١٠ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٤٠ .

فى فندق ، فصاحب الفندق مسئول قبله بمقتضى العقد لا بمقتضى مسئولية تقصيرية . وقد قدمنا أن المسئولية العقدية تنفى المسئولية التقصيرية .

أما إذا كان المضرور خادماً لحارس البناء أو تابعاً له ، فإن العقد فى هذه الحالة لا يلزم المتبوع بأن يكفل سلامة التابع ، فيكون الحارس مسئولا قبل التابع بمقتضى المسئولية التقصيرية ، ويقوم الخطأ المفترض على الوجه الذى بيناه .

المبحث الثالث

مسئولية حارس الأشياء(*)

٧٢٣ — النصوص القانونية وتطور المسئولية عن الأشياء : لم يشتمل التقنين المدنى

(*) بعض المراجع : سالى فى حوادث العمل والمسئولية المدنية (سنة ١٨٩٧) — جوسران فى المسئولية عن فعل الشىء (سنة ١٨٩٧) والوجيز ٢ فقرة ٥٢٩ — فقرة ٥٥٥ — پلانيول دراسات فى المسئولية (المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٦ ص ٨٠) — مازو ٢ فقرة ١١٣٨ — فقرة ١٣٦٨ — جودميه فى تطور جديد فى نظرية المسئولية المدنية (المجلة الفصلية ١٩٢٧ ص ٨٩٣) — بلانيول وريبير وإسمان ١ فقرة ٦١٢ — فقرة ٦٢٥ — كولان وكابيتان ولامورانديير ٢ فقرة ٣٦٦ — فقرة ٣٧٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٠٤٢ — فقرة ١٠٨٣ — الرسائل : بيزييه (Pisier) باريس ١٨٩٩ — بونيه (Bonnet) پواتييه ١٩٠٨ — فيترى (Vitry) ليل ١٩٢٢ — توزان (Tauzin) باريس ١٩٢٥ — بيسون (Besson) ديجون ١٩٢٧ — ديلا كرواه (Delacroix) تولوز ١٩٢٨ — ليسيو (Luceo) رن ١٩٢٨ — كورنى (Cornu) مونبلييه ١٩٢٩ — كاهيرن (Caherne) رن ١٩٢٩ — لارتيج (Lartige) تولوز ١٩٣١ — الدكتور برسوم القاهرة ١٩٣١ — جربوى (Gerbouille) باريس ١٩٣٢ — ليمان (Libmann) استراسبورج ١٩٣٣ — بيشيه (Bichet) ديجون ١٩٣٣ — دافيد (David) ليل ١٩٣٤ — فورز (Forse) مونبلييه ١٩٣٦ — لا ردنواه (Lardennois) نانسى ١٩٣٦ — بينيكس (Beineix) باريس ١٩٣٧ — فيزيل (Fiesel) باريس ١٩٣٧ — سن (Sen) باريس ١٩٣٩ — لانديل (Landellle) رن ١٩٤٠ — ليفبفر (Lefebvre) باريس ١٩٤١ — جولدمان (Goldmann) ليون ١٩٤٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٣ — فقرة ٣٧٢ — مصطفى مرعى فى المسئولية المدنية فقرة ٣٠٩ — فقرة ٣١٧ — حشمت أبو ستيت فقرة ٥٢٠ — فقرة ٥٢٦ — سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١١٣ — فقرة ١٢١ . [محمد لبيب شنب فى المسئولية عن الأشياء سنة ١٩٥٧ — أنور سلطان فقرة ٥٦١ — ٥٦٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٢٩ — ٥٣٠] .

القديم على نص خاص لتحديد مسئولية حارس الأشياء ، فكانت هذه المسئولية تترك للقواعد العامة .

وقد تطورت المسئولية عن الأشياء غير الحية (chose inanimées) تطوراً سريعاً منذ بداية القرن العشرين . فقد كانت بادىء الأمر قائمة على أساس وجوب إثبات خطأ فى جانب المسئول. ولم يفكر واضعو التقنين المدنى الفرنسى فى تخصيص قاعدة لهذا النوع من المسئولية . بل إن المشرع الفرنسى عند ما قرر المسئولية عن الأشياء فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ ، فنص على أن « الشخص مسئول ... عن الأشياء التى تكون فى حراسته » ، لم يكن يقصد إلا الحالتين اللتين نص عليهما بعد ذلك ، وهما المسئولية عن الحيوان والمسئولية عن البناء ، بعد أن مهد لهما بهذه العبارة العامة . أما سائر الأشياء غير الحيوان والبناء ، فما لا ريب فيه أن المشرع الفرنسى لم يرد أن يستثنيها من القاعدة العامة المقررة لمسئولية الإنسان عن فعله ، وهى القاعدة التى قررها فى المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ . فكل ضرر يصيب الغير من شىء يسأل عنه صاحب هذا الشىء إذا أثبت المضرور خطأ فى جانبه ، ولا فرق بين أن يصيب الإنسان غيره بالضرر بفعله المباشر أو بواسطة شىء فى يده . وقد سار الفقه والقضاء فى فرنسا على هذا الرأى وقتاً طويلا حتى أواخر القرن التاسع عشر .

ولكن النظم الاقتصادية لم تبق على حالها ، بل أحدثت المخترعات الحديثة تطوراً عظيما ، فقامت الصناعات الكبيرة ووسائل النقل السريعة ، وسخر الإنسان القوى الطبيعية لخدمته ورفاهيته ، ولم يبال أن تكون قوى عمياء لا يسيطر عليها كل السيطرة ، فهى إذا ما أفلتت من يده — وكثيراً ما تفلت — لا يلبث أن يكون ضحيتها . وكان لذلك أكبر الأثر فى تطور المسئولية عن الأشياء . فإن من يستخدم هذه المخترعات ، فيعرض الأرواح للخطر ، والأموال للتلف ، من الحق أن يكون خاضعاً فى المسئولية عن الضرر الذى تحدثه هذه الأشياء لقاعدة أشد من القاعدة التى يخضع لها فى مسئوليته عن فعله الشخصى . وإذا بقينا نشترط إثبات خطأ فى جانب صاحب الشىء ، فإنه يتعذر على المضرور فى أكثر الأحوال إثبات هذا الخطأ . لذلك تلمس الفقه والقضاء فى فرنسا طريقاً يجعلان به عبء

الإثبات على صاحب الشيء لا على المضرور ، فيتمشى القانون بذلك مع التطور الاقتصادى والحاجات الاجتماعية ، فأخذا يتوسعان فى تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى[1] ، فجعلاها تقرر المسئولية عن الأشياء على أساس خطأ مفترض فى جانب من يوجد الشيء فى حراسته[2] .

---

(١) قبل أن يتوسع الفقه والقضاء فى فرنسا فى تفسير الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ توسلا بطريقين آخرين : (أ) الطريق الأول هو تطبيق المسئولية العقدية على حوادث العمل وحوادث النقل ، وهذه هى أكثر الحوادث شيوعاً . أما عن حوادث العمل ، فقد كانت المحاكم الفرنسية تقضى ، قبل صدور تشريع سنة ١٨٩٨ ، بأن العامل المصاب يجب أن يثبت خطأ فى جانب رب العمل حتى ينال تعويضاً . ولما كان الإثبات فى أكثر الأحوال متعذراً ، فقد كان العامل هو الذى يتحمل الخسارة وحده ، وقلما كان ينجح فى دعوى التعويض التى يرفعها على صاحب المصنع . فقام فقيهان ، أحدهما فى فرنسا (Sauzet) والآخر فى بلجيكا (Sainctelette) ، يذهبان إلى أن مسئولية رب العمل نحو العامل مسئولية عقدية ، لأنه التزم بمقتضى عقد العمل أن يحافظ على سلامة العامل من مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل من مخاطر العمل ، فإذا أصيب العامل التزم رب العمل أن يعوضه عن الضرر الذى أصابه ، إلا إذا أثبت أن الإصابة لا ترجع إلى خطأ فى جانبه ، وبذلك يتحمل رب العمل لا العامل عبء الإثبات . وقد صادفت هذه النظرية نجاحاً فى الفقه ، فتبعها بعض الفقهاء ، إلا أن القضاء لم يأخذ بها . ثم صدر بعد ذلك تشريع سنة ١٨٩٨ فعدمت المسألة أهميتها العملية . أما عن عقد النقل ، فقد ذهب كثير من الفقهاء إلى أن المادة ١٧٨٤ من القانون المدنى الفرنسى ، التى تجعل أمين النقل مسئولا عن تلف البضائع ما لم يثبت أن تلفها كان قضاء وقدراً أو بقوة قاهرة ، يمكن تطبيقها على نقل الأشخاص ، فإذا أصيب شخص بضرر فى أثناء النقل كان أمين النقل مسئولا ، ويقع عبء الإثبات عليه إذا أراد الخلاص من المسئولية ، ذلك أنه التزم بالعقد أن يحافظ على سلامة المتعاقد معه . ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ فى أول الأمر بهذا المذهب . وإن كان قد أصبح يميل إليه فى أكثر أحكامه . (ب) والطريق الثانى هو التوسع فى تفسير المادة ١٣٨٦ ، فقد أخذ القضاء الفرنسى فى أواخر القرن التاسع عشر يتوسع فى تفسير كلمة « البناء » ، فأدخل فيه الشجر والآلات بل والمنقولات الأخرى ، وأصبح صاحب الشيء — عقاراً كان أو منقولا — بعد هذا التفسير مسئولا عنه بمجرد أن يثبت المصاب عيباً فى الشيء أو نقصاً فى تعهده ، قياساً على البناء . ولا خلاص من المسئولية إلا إذا أثبت أن الحادث قد وقع قضاء وقدراً أو بقوة قاهرة أو بفعل الغير أو بخطأ المصاب ، فصار عبء الإثبات على صاحب الشيء . غير أن هذا التفسير يتناقض تناقضاً صريحاً مع نص المادة ١٣٨٦ ، فهى تذكر « البناء » و « التهدم » ، والفرق كبير بين هذا وبين ما فسر به النص مما تقدم ذكره . لذلك لم يثبت القضاء الفرنسى طويلا على هذا التفسير ، وعدل عنه إلى متابعة الفقهاء الذين وجدوا فى الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ تكئة يستندون إليها فى تقرير المسئولية عن الأشياء .

(٢) وقد حاول بعض الفقهاء فى فرنسا أن يصوغ من نص الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ نظرية عامة يحمل فيها صاحب الشيء تبعته (théorie des risques) دون أن تستند المسئولية فى ذلك إلى أى خطأ ، ولو كان هذا الخطأ مفترضاً . وفى مقدمة هؤلاء الفقهاء سالى (Saleilles) وجوسران (Josserand) ، =

على أن هـذا الأساس الجديد الذى بنيت عليه المسئولية عن الأشياء — وهو الخطأ المفترض فى جانب الحارس — بقى فى تطور مستمر منذ مستهل القرن العشرين إلى اليوم. فقد كان افتراض الخطأ بادىء الأمر قابلا لإثبات العكس ، ثم أصبح غير قابل لذلك. وكان الخطأ المفترض مقصوراً على الأشياء المنقولة ، ثم جاوزها إلى العقار . وكان يستثنى من دائرة الخطـأ المفترض الأشياء التى يحركها عمل الإنسان كالسيارات ونحوها ، ثم عمت القاعدة فشملت جميع الأشياء . وكان هناك تفريق بين الشىء الخطر ، يكون الخطأ فيه مفترضاً ، والشىء غير الخطر ، يطلب فيه إثبات الخطأ ، ثم زالت هذه التفرقة . وهكذا أصبحت دائرة الخطأ المفترض تتسع لأى شىء ، منقولا كان أو عقاراً ، متحركا بقوته الذاتية أو محركا بيد الإنسان ، خطراً أو غير خطر . ولم يستبق القضاء الفرنسى إلا معنى « الحراسة » (garde) . فهو يبنى المسئولية عن الشىء على « خطأ فى حراسته » (faute dans la garde) . وهذا الخطأ مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ولا يعرف بين النظريات القانونية نظرية تطورت بالسرعة والخطورة التى تطورت بهما نظرية المسئولية عن الأشـياء ، فقد انقلبت فى بضع عشرات من السنين إلى النقيض مما قصده المشرع . ولا شك فى أن المحاكم الفرنسـية كان قضاؤها قضاء اجتهاد لا قضاء تفسير ، وهى قد تمشت فى ذلك لا مع النصوص القانونية كما قصد إليه المشرع وقت وضع التشريع ، بل مع ما جد من الحاجات الاقتصادية . وأيد الفقه القضاء فى ذلك ، وتضافر كلاهما على وضع أسس لنظرية جديدة تكون أكثر انطباقاً على مقتضيات المدنية بعد تطور الصناعة وتقدم المخترعات .

أما فى مصر فكانت الحالة فى التقنين المدنى القديم تختلف عنها فى فرنسا من حيث النصوص القانونية . فالتقنين القديم لم يتضمن نصاً يقابل الفقرة الأولى من المادة ١٣٨٤ ، وقد رأينا أن القضاء الفرنسى قد استند إلى هذا النص فى تأسيس نظريته الجديدة فى المسئولية

= ولـكن القضاء لم يتمش إلى هذا الحد ، بل استمر يرى أساس المسئولية عن الأشياء خطأ فى جانب الحارس .

عن الأشياء . وقد تضمن القضاء المصرى أحكاماً تذهب إلى جعل المسئولية عن الشيء مبنية على خطأ مفترض فى جانب الحارس[١] ، وبنت أحكام أخرى هذا المبدأ على أساس المسئولية العقدية[٢] ، وقاس بعض الأحكام المسئولية عن الشيء على المسئولية عن الحيوان[٣] . بل هناك بعض الأحـكام المصرية ما ذهب إلى أبعد من هذا ، فقال بنظرية تحمل التبعة دون أن يستند فى ذلك إلى نص معين[٤] . ولـكن القضاء المصرى فى مجموعه كان لا يزال يرى أن المسئولية عن الشيء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ فى جانب الحارس[٥] . ولم يكن فى الواقع من الأمر مستطيعاً — من حيث النصوص القانونية —

(١) محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١٠ أبريل سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٥٩ — وفى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ ص ١٥٤ — وفى ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢١٨ ص ٤٣٥ — وفى ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٤ ص ٧٦٠ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٦٠ — وفى ٢٦ نوفبر سنة ١٩٢٣م ٣٦ ص ٥٩ — وفى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠م ٥٣ ص ٣٧ — وفى ٢٩ يناير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٧٥ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٤ يونية سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٨٠ — وفى ٣ يونية سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣٥ — محكمة اللبان الجزئية الوطنية فى ٢١ فبرايرسنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٣/١ .

(٣) محكمة استئناف أسيوط فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٤٦ ص ٢٤٤ .

(٤) محكمة مصر الـكلية الوطنية فى ٢٦ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٦٧ ص ٥٦٠ — محكمة الزقازيق الـكلية فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٨٨ ص ١٦٩ (وقد خلط هـذا الحـكم بين الخطأ المفترض ومذهب تحمل التبعة) وانظر أيضاً محكمة مصر الـكلية المختلطة فى ١٤ يونية سنة ١٩٢٧ جازيت ١٨ رقم ٢٩٥ ص ٢٣٣ — وفى ١٧ يونية سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٨٨ ص ١٩٥ .

(٥) استئناف وطنى فى ٢٠ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ٤ — وفى ١٩ يناير سـنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٥ ص ١٠ — وفى ٢٩ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٤ ص ٥٠ — وفى ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٨ ص ٢٤٧ — وفى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٩٠ ص ١٤٩ — وفى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٥٤٨ ص ١١٠٤ .

ولـكن القضاء المصرى كان يتساهل كثيراً فى استخلاص الخطأ من الوقائع . وقد جاء فى الموجز للمؤلف (فقرة ٣٧٢ ص ٣٧٨) فى هذا المعنى ما يأتى : « فالقضاء المصرى يتشدد فى إلزام من يـكون الشيء فى حراسته باليقظة والانتباه (استئناف وطنى فى ١٩ مايو سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ٢٤٦ — وفى ٢٨ أبريل سنة ١٩١٥ الحقوق ٣٢ ص ١١ — استئناف مختلط فى ١٥ فبرايرسنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٠ — وفى ١٧ نوفبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٢٠ — وفى ٢٥ نوفبر سـنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ٤١ — وفى ١٩ مايو سنة ١٩٢٧م ٣٩ — ٤٩١ — وفى ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨) — ثم هو =

= يتساهل فى تخفيف عبء الإثبات على المصاب (استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة١٩٢٧ م ٣٩ص٤١٥ — وفى ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ١٥) — فهو فى الواقع يستبدل بالقرينة القانونية التى يقيمها القضاء الفرنسى قرينة قضائية يستخلصهـا من وقائع الدعوى (استئناف مختلط فى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤ — وفى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٨٤ ص ١٦٩)» . وانظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مصر الوطنية فى ٢٩ مايو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ١٥٦/٢ ص ٣٢٦— وفى ١٠ فبراير سنة١٩٣٥ المحاماة١٦ رقم ٤٠٨ ص ٨٩٢— وفى ٩ نوفبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٣٥ ص ٨٢٤ — وفى ١٦ نوفبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٣٤٥ ص ٨٤١ — استئناف مختلط فى ١٧ يونية سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٧٦ — وفى ٤ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢٨٨ — وفى ٨ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٩ — وفى ١٥ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٨٠ — وفى ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٨٨ — وفى ١٠ يناير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٩٣ —وفى ٢٩ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قضت محكمة الموضوع بإلزام وزارة الأشغـال العمومية بتعويض الضرر الناشىء عن الخلل الذى أحدثه فى منزل المدعى تسرب المياه إليه نتيجة كسر أنبوبتهـا ، وأسست تقريرها على خطـأ الوزارة لتقصيرها فى مراقبة الأنابيب وملاحظتها وتعهدها فى باطن الأرض والـكشف عليها من آن لآخر للتأكد من سلامتها ودوام صلاحيتها ، فهذا الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (نقض مدنى فى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٨٥ ص ٣٩٨) .

ومهما يكن من أمر ، فإن القضاء المصرى كان يصرح بوجوب إثبات الخطأ . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القـانون المدنى المختلط لا يعرف لا المسئولية المادية ولا المسئولية القائمة على خطأ مفترض عن الأشياء غير الحية (استئناف مختلط فى ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٦) ، وقضت أيضاً بأن المسئولية عن الأشياء غير الحية لا تقوم على خطأ مفترض ، بل يجب على المضرور إثبات الخطأ ، وتقوم القرائن القضائية مقام القرائن القانونية (استئناف مختلط فى أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٩ — وفى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٣٤) . وكان لا بد من إثبات خطأ فى المسئولية عن الحريق (استئناف مختلط فى ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٦١ — وفى ٢٠ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٠ — وفى ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٦٢ — وفى ٢٣ أكتوبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١) ، وهـذا هو أيضاً ما نص عليه قانون ٧ نوفبر سنة ١٩٢٢ فى فرنسا ، أما فى التقنين المدنى الجديد فى مصر فالمسئولية عن الأشياء التى تحتاج حراستها إلى عناية تقوم على خطأ مفترض حتى لو كان الضرر قد نجم عن الحريق . وكان لا بد من إثبات خطأ أيضاً فى المسئولية عن السيارات ومركبات النقل (استئناف مختلط فى أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٤ — وفى ٢٠ يونية سـنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨١ — وفى ١٤ نوفبر سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٣ ص ١٨٢ — وفى ٢٨ نوفبر سـنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ — وفى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٦ — وفى ١٣ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٨ — وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ جازيت ٢٠ رقم ١٩٢ ص ١٨١) .

[كما قضت محكمة استئناف مصر بأن الشارع المصرى لا يعرف المسئولية الشيئية المترتبة على مجرد ملـكية الشىء ، وما دام لم يقم الدليل على إهمال المالك وتقصيره فى المحافظة على ملـكه فلا يسأل عن الضرر الواقع على الغير من الشىء المملوك له : استئناف مصر فى ٢٣ من يناير سنة ١٩٤٩ المجموعة الرسميـة لأحكام المحاكم السنة ٥١ رقم ٣٣] .

أن يجد ما يساعده على دعم نظرية جديدة مثل النظرية التى أخذ بها القضاء الفرنسى [١] .

فجاء التقنين المدنى الجديد بالنص المطلوب. وراعى فيه حالة البلاد الاقتصادية ، وحاجات الصناعات الناشئة ، فلم يطلق المسئولية القائمة على خطأ مفترض لتشمل جميع الأشياء ، بل قصرها على الآلات الميكانيكية وعلى الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة . وهى مرحلة من مراحل التطور مر بها القضاء الفرنسى كما رأينا . فنصت المادة ١٧٨ من هذا التقنين على ما يأتى :

« كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » [٢] .

(١) وقد جاء فى هذا المعنى فى الموجز للمؤلف ما يأتى : « ولكن القضاء المصرى فى مجموعه — أهلياً كان أو مختلطاً — لا يزال يرى أن المسئولية عن الشىء لا تتحقق إلا إذا ثبت خطأ فى جانب الحارس . فهو لا يزال فى الحالة التى كان عليها القضاء الفرنسى قبل تطوره الأخير فى أواخر القرن التاسع عشر . وهو فى الواقع من الأمر لا يستطيع —من حيث النصوص القانونية— أن يجد ما يساعده على تدعيم نظرية جديدة مثل النظرية التى أخذ بها القضاء الفرنسى . بل هو ليس فى حاجة — فى الوقت الحاضر — إلى هذه النظرية الجديدة . فالظروف الاقتصادية فى مصر تختلف عنها فى فرنسا : الصناعة لا تزال فى عهد الطفولة ، والآلات الميكانيكية لم تبلغ من الكثرة ما يجعلها خطراً داهماً على الحياة الاجتماعية ، بل إن الصناعة الناشئة فى مصر تتطلب فى أول عهدها أن تشجع ، لا أن يثقل القضاء كاهلها بالتشدد فى مسئولية أصحاب المصانع ، سيما أن تشديد المسئولية يقتضى تقدم نظام التأمين ، حتى تستطيع أصحاب المصانع أن تواجه ما تفاجأ به من خسارات فادحة تترتب على هذا التشديد . على أنه إذا وجد فى حالة مصر الاقتصادية ما يستدعى التشديد فى المسئولية عن الأشياء ، إما لحماية طائفة مستضعفة هى طائفة العمال ، أو لدرء الخطر من ازدياد وسائل النقل وتكاثر السيارات وغيرها ، فإن القضاء المصرى قد عالج الأمر فى حزم وحكمة ، فاستعاض عن القرينة القانونية التى قال بها القضاء الفرنسى بقرينة قضائية ، أسرع ما يكون إلى استخلاصها إذا كانت الظروف تستدعى ذلك (الموجز للمؤلف فقرة ٣٦٦ ص ٣٧٢) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « كل من تولى حراسة آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لا يد له فيه . هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » . وقد أقرت لجنة المراجعة المادة على أصلها ، وأصبح رقمها ١٨٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، قررت الأغلبية فى أول الأمر حذف المادة اكتفاء بما تقرره القواعد العامة والأحكام الخاصة فى قوانين العمل . ثم رأت اللجنة بعد ذلك أن تنتقل إلى النقيض من موقفها الأول ، فعدلت النص على الوجه الآتى : « يكون الشخص =

وهذه الأحكام التي استحدثها التقنين المدني الجديد ليس لها أثر رجعي . فهي لاتسري إلا على الحوادث التي تقع ابتداء من ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أي منذ نفاذ التقنين الجديد . والعبرة هنا ، كما في قواعد المسئولية عن البناء ، بتاريخ وقوع الضرر الذي ينجم عن فعل الشيء ، فإذا وقع هذا الضرر في تاريخ سابق على هذا التاريخ فالتقنين القديم هو الذي ينطبق ، وإلا فالتقنين الجديد .

= مسئولا عن الأضرار الناشئة عن الأشياء الواقعة في حراسته إلا إذا أثبت وقوع الضرر كان بخطأ المضرور أو بفعل الغير أو بقوة قاهرة أو حادث فجائي ، هذا مع عدم الإخلال بما ورد في ذلك من أحكام خاصة » . فجعلت النص عاماً ينصرف إلى الأشياء جميعاً ، سواء ما كان من قبيل الآلات الميكانيكية أم غيرها . ثم عادت اللجنة أخيراً إلى النص الأصلي فأقرته مع تعديله تعديلا طفيفاً بأن قدمت عبارة « أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة » على عبارة « آلات ميكانيكية » ليكون المعنى أكثر وضوحاً . وبذلك انتهت اللجنة إلى قصر نطاق النص على الآلات الميكانيكية وما يتطلب من الأشياء عناية خاصة في الحراسة ، كما كان الأمر في المشروع التمهيدي . وأصبح رقم المادة ١٧٨ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٤ — ص ٤٣٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « لم يورد التقنين المصري (القديم) أي نص يتعلق بالمسئولية عن الجمادات . وإزاء ذلك عمد القضاء المصري إلى تطبيق القواعد العامة بشأنها ، كما فعل في المسئولية عن البناء ، فجعل ترتيبها معقوداً بإقامة الدليل على وقوع خطأ من حارس الشيء . ولكنه جرى على التسامح كل التسامح في استخلاص هذا الخطأ . فهو يكتفي بأقل إهمال ، بل بمجرد العلم بما ينطوي في الشيء من أسباب الخطر ، للقول بتوافر الخطأ الذي تنبغي إقامة الدليل عليه . وهو بهذا يقيم قرينة قضائية على الخطأ ، يستعيض بها عما تقرر النصوص من قرائن قانونية في هذا الصدد . فليس من العدل في شيء مثلا أن يلقى عبء الإثبات على المضرور في حادث من حوادث السيارات ، إذ يغلب أن يمتنع عليه عملا أن يتبين كيفية وقوع الحادث ، وليس شك في أن سائق السيارة أقدر من غيره على تعليل ما وقع . ولهذه العلة اختار المشروع فكرة الخطأ المفروض ، مقتفياً في ذلك أثر التشريعات الأجنبية ، بل وأثر القضاء الفرنسي نفسه في مراحل تطوره الأخيرة . على أن المشروع لم يمض في هذا السبيل للقصى من غاياته . بل اجتزأ بما تقتضيه أحوال البلاد في المرحلة الراهنة من حياتها الاقتصادية . فهو لم يبلغ شأو القضاء الفرنسي في الحديث من أحكامه فيما يتعلق بإطلاق حكم هذه المسئولية على الجمادات بجميع أنواعها ، بل اقتصر على الآلات الميكانيكية . وبوجه عام على الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة . وبديهي أن هذا التخصيص قصد به إلى قصر الحكم على تلك الأشياء التي تحتاج لحراسة بسبب الخطر اللازم لها . وبهذا يكون من الميسور تصور إقامة قرينة على خطأ في الحراسة : انظر في هذا المعنى المادتين ١٥٢ و ١٥٣ من التقنين اللبناني والمادة ١٣١ من التقنين البولوني » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٥ — ص ٤٣٦) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : السوري م ١٧٩ (مطابق) — الليبي م ١٨١ (مطابق) العراقي م ٢٣١ (مقارب) — اللبناني م ١٣١ — ١٣٢ (موافق) .

ونبحث الآن — كما بحثنا فى الحالات الأخرى — متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء ، وعلى أى أساس تقوم هذه المسئولية ، تطبيقاً للأحكام التى استحدثها القانون المدنى الجديد .

المطلب الأول

متى تتحقق مسئولية حارس الأشياء

٧٢٤ — شرطان لتحقق المسئولية : تتحقق المسئولية بتولى شخص حراسة شىء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ووقوع الضرر بفعل الشىء . فعند ذلك يكون حارس الشىء مسئولا عن هذا الضرر .

فتحقق المسئولية يستلزم إذن توافر شرطين : (١) أن يتولى شخص حراسة شىء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية (٢) أن يقع الضرر بفعل الشىء .

§١ — حراسة شىء تقتضى حراسته عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية

٧٢٥ — تحليل هذا الشرط : لا تتحقق المسئولية إلا إذا تولى شخص حراسة شىء . فنبين معنى الحراسة وماهو المقصود بالشىء .

٧٢٦ — الحراسة : حددنا الحراسة فيما تقدم . فهى ليست فى يد مالك الشىء ضرورة ، ولا فى يد حائزه ، ولا فى يد المنتفع به . إنما الحراسة هى السيطرة الفعلية على الشىء قصداً واستقلالا ، سواء استندت هذه السيطرة إلى حق مشروع أو لم تستند .

والمفروض أن المالك هو حارس الشىء ، وعليه هو ، إذا رفعت ضده دعوى المسئولية ، أن يثبت أن الحراسة خرجت من يده وقت وقوع الحادث . ويبقى المالك حارساً حتى لو أفلت الشىء من يده ما دام لم تتخل عنه (abandon) فإذا ما تخلى عنه وأصبح سائبة (res nullius) زالت حراسته ، ولم تنتقل الحراسة إلى أحد . وإذا كان المالك قد ملك

بعقد بيع ، فالبائع قبل التسليم هو الحارس ، ويصبح الحارس هو المشترى بتسليم الشىء إليه. ولو كان عقد البيع باطلا أو قابلا للابطال أو موقوفاً فيه نقل الملكية وتسلم المشترى الشىء فإنه يصبح حارسه ولو لم تنقل إليه الملكية ، لأن العبرة ليست بالملكية بل بالسيطرة الفعلية. والمالك تحت شرط فاسخ أو واقف يعتبر حارساً مادامت له السيطرة الفعلية على الشىء .

وقد تنتقل الحراسة من المالك إلى غيره كالمنتفع (usufruitier) والمرتهن رهن حيازة والحائز بنية التملك سواء حاز بحسن نية أو بسوء نية ، مادامت السيطرة الفعلية على الشىء قد انتقلت من المالك إلى واحد من هؤلاء . فسارق الشىء يعتبر حارساً له ، أما مالك الشىء المسروق فيفقد الحراسة ولا يعتبر مسئولا بمقتضى الخطأ المفترض ، ثم لا يكون مسئولا إذا أثبت فى جانبه إهمال أدى إلى سرقة الشىء لانقطاع علاقة السببية ما بين هذا الإهمال والضرر . أما المستأجر والمستعير والمودع عنده وأمين النقل فتنتقل إليهم الحراسة إذا انتقلت إليهم السيطرة الفعلية على الشىء[1] ، ويغلب أن يقع ذلك فى المنقول[2] .

والتابع لايعتبر فى العادة حارساً للشىء ، فحارس السيارة هو فى الأصل مالكها حتى لو كان لها سائق ، وحتى لو قاد السائق السيارة من غير أن يكون فيها صاحبها . فإذا ثبت

---

(١) [وقد قضت محكمة الاستئناف بأنه ما دام الثابت فى الدعوى أن أحد التفاتيش قد استأجر من وزارة الأوقاف الجرار بسائقه واستعمله فى دراس قمح له فإن مؤدى ذلك أن الوابور قد انتقل بسائقه إلى حيازة التفتيش ويعتبر سائقه فى هذه الحالة خاضعاً إلى حسن توجيه مديرى التفتيش ورقابتهم فيكونون وحدهم مسئولين عن نتائج التوجيه والرقابة المنتقلتين لهم على السائق . فإذا ترك السائق الوابور إلى مساعد اختاره لإدارته وحدث أثناء إدارة هذا المساعد حريق فى القمح نتج عن خروج بعض الشرر من ماسورة العادم ، فانه لا تسأل وزارة الأوقاف على أساس مسئولية السائق الأصلى لأن الإدارة قد انتقلت إلى مديرى التفتيش ، وكان فى استطاعتهم إيقاف إدارة الوابور ما دام السائق الأصلى غير موجود :

استئناف مصر فى ١٩٤٩/١/٢٣ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم السنة ٥١ العدد١ و٢ رقم ٣٣] .

(٢) على أنه إذا أعيرت سيارة بسائقها ، فإن المعير فى هذه الحالة يستبقى الحراسة عادة . وقد قضت محكمة النقض بأن المعير لسيارة بسائقها يكون مسئولا عن إهمال السائق إذا نشأ من هذا الإهمال حادث فى أثناء قيامه بمأموريته فى مدة الاستعارة (نقض فى ٨ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٤٦٤ ص ٩٣٢) .

خطأ فى جانب السائق ، أمكنت مساءلة صاحب السيارة إما باعتباره متبوعاً ثبت خطأ تابعه ، وإما باعتباره حارساً مفترضاً فى جانبه الخطأ . وإذا لم يثبت خطأ فى جانب السائق ، لم يبق إلا مساءلة صاحب السيارة باعتباره حارساً . وقد ينقل المتبوع إلى التابع السيطرة الفعلية على السيارة ، فيصبح التابع فى هذه الحالة هو الحارس . وفى جميع الأحوال إذا خرج التابع عن تعليمات متبوعه ، وقاد السيارة لمصلحته الشخصية أو استولى عليها دون علم صاحبها ، فإنه يعتبر فى هذه الحالة حارساً ويكون مسئولا بمقتضى خطأ مفترض ، ويكون صاحب السيارة مسئولا باعتباره متبوعاً .

وإذا أودعت السيارة فى « الجاراج » ، فإن كان صاحب « الجاراج » له السيطرة الفعلية عليها فإنه يصبح الحارس ، وإلا فتبقى الحراسة عند صاحب السيارة ، وكذلك الأمر إذا ترك صاحب السيارة سيارته فى مكان وقوف السيارات تحت رقابة مشرف ، ويغلب فى هذه الحالة أن تبقى السيارة فى حراسة صاحبها فيما يخرج عن عمل المشرف[١] .

والسيارة إذا سلمت إلى ميكانيكى لإصلاحها تنتقل فى الغالب حراستها إليه ، لأنه يصبح صاحب السيطرة الفعلية عليها . ولا يبقى صاحب السيارة حارساً فى هذه الحالة ، إلا إذا أبقى السيارة تحت إشرافه وقت إصلاحها .

ومن يتعلم القيادة لا يكون حارساً للسيارة ، والحارس هو المعلم . وإذا خالف المتعلم إرشادات معلمه وتوجيهاته ، كان هذا خطأ ثابتاً فى جانبه . أما الممتحن لمن تعلم القيادة فلا يكون حارساً ، والمتعلم هو الذى يستبقى الحراسة .

---

(١) وعمل المشرف هو أن يستبقى السيارة فى مكان معين فتصبح له الحراسة من هذه الناحية . وأما أجزاء السيارة وآلاتها فتبقى فى حراسة صاحبها . فاذا نقل شخص السيارة من مكان إلى آخر ، ولو من غير علم المشرف ، فأحدثت ضرراً ، كان المشرف هو المسئول ، وإذا كان بالسيارة خلل أحدث ضرراً ، فإن المسئول عن هذا الضرر هو صاحب السيارة .

٧٢٧ — الشيء : كل شيء مادى غير حى فيما عدا البناء يدخل فى هذا النطاق ما دامت حراسته تقتضى عناية خاصة .

فالأشياء غير المادية والحيوان والبناء لا تدخل فى النطاق المتقدم الذكر . وقد سبق تحديد المسئولية عن الحيوان وعن البناء . والمسئولية عن الحيوان لا تختلف فى أحكامها من حيث الخطأ المفترض عن أحكام المسئولية عن الأشياء . أما المسئولية عن البناء فتختلف ، وقد قدمنا أن الخطأ فيها ذو شقين ، أحدهما مفترض افتراضاً قابلا لإثبات العكس ، والآخر مفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس . ومن ثم وجب التمييز فى الشيء بين ما إذا كان بناء أو غير بناء . فإن كان بنـاء ، استبعدت أحكام المسئولية عن الأشياء ، وقام خطأ مفترض ذو شقين على النحو الذى بيناه . وإن كان غير بناء وكانت حراسته تقتضى عناية خاصة ، طبقت أحكام المسئولية عن الأشياء ، وقام خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس على النحو الذى سنبينه .

ويعتبر شيئاً بالمعنى المراد فى المادة ١٧٨ الآلات الميكانيكية إطلاقاً . ولم يشترط القانون فى الآلات الميكانيكية أن تتطلب حراستها عناية خاصة كما اشترط ذلك فى غيرها ، لأن هذه الآلات تتحرك بمحرك ذاتى ، فافترض القانون لذلك أن حراستها تتطلب دائماً عناية خاصة .

أما غير الآلات الميكانيكية فلا يعتبر شيئاً بالمعنى المراد فى المادة ١٧٨ إلا إذا اقتضت حراسته عناية خاصة : وسنرى فيما يلى متى تحتاج حراسة الشيء إلى عناية خاصة ، كما سنرى أن فكرة العناية الخاصة هى فكرة نسبية ، فالشيء الواحد قد تستدعى حراسته عناية خاصة أو لا تستدعى هذه العناية بحسب ما يختلف عليه من وضع .

ويستوى أن يكون الشيء منقولا ، أو عقاراً بطبيعته كالأشجار والأرض إذا انخسفت والمبانى إذا نجم الضرر لا عن تهدمها ، أو عقاراً بالتخصيص كالمصاعد والآلات الزراعية أو الصناعية المخصصة لخدمة مزرعة أو مصنع .

ولا يدخل الشيء المباح (res nullius) ، إذ ليس له حارس يكون مسئول عنه .

§ ٢ — وقوع الضرر بفعل الشيء

٧٢٨ — التدخل الإيجابي : يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن فعل الشيء (fait de la chose) ولا يكفي في ذلك تدخل الشيء تدخلا سلبياً . فإذا وقفت عربة في المكان المعتاد للوقوف واصطدمت بها عربة أخرى أو أحد العابرة ، أو كانت شجرة ثابتة في مكانها لم تقتلعها الريح فعثر فيها أحد المارة وأصيب بضرر من ذلك ، أو كانت آلة ميكانيكية ثابتة في مكانها الطبيعي لا تتحرك فاصطدم بها شخص فجرح ، كانت هذه كلها أوضاعاً سلبية للشيء ، ولا يمكن القول في مثل هذه الحالات إن الضرر الذي وقع هو من فعل الشيء ، لأن الشيء لم يتدخل تدخلا إيجابياً في إحداث الضرر ، بل كان تدخله سلبياً محضاً .

أما إذا كانت العربة تسير أو كانت واقفة ولكن في غير وضعها الطبيعي ، أو كانت الشجرة قد اقتلعتها الريح فقذفت بها في عرض الطريق ، أو كانت الآلة الميكانيكية في غير مكانها الطبيعي أو كانت تتحرك ، فإن الضرر يكون في هذه الحالات من فعل الشيء ، وقد تدخل الشيء تدخلا إيجابياً في إحداثه .

ويمكن القول إن الشيء تدخل تدخلا إيجابياً في إحداث الضرر ، إذا كان هذا الشيء في وضع أو في حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر[١] .

والمفروض ، إذا أحدث الشيء ضرراً ، أن الشيء قد تدخل تدخلا إيجابياً في إحداثه . والمسئول هو الذي عليه أن يثبت أن الشيء لم يتدخل في إحداث الضرر إلا تدخلا سلبياً ، فينتفي بذلك افتراض الخطأ ، ولا تتحقق المسئولية إلا بإثبات خطأ في جانب المسئول .

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٢١١ — ٩ مكرر ص ١٨٠ .

٧٢٩ – عدم ضرورة الاتصال المادى المباشر : والتدخل الإيجابى لا يستلزم الاتصال المادى المباشر . فقد لا يتصل الشىء اتصالا مادياً مباشراً بمن وقع عليه الضرر ، ومع ذلك يتدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر . فإذا سارت عربة بسرعة تفوق السرعة المعتادة ففزع أحد المارة ووقع فأصيب بضرر دون أن تمسه العربة ، وإذا وقفت عربة وقوفاً فجائياً وكانت عربة تسير وراءها فاضطرت إلى تفادى الاصطدام بها بأن انحرفت عن الطريق فاصطدمت بشجرة ، وإذا سدت عربة منافذ الطريق على راكب « موتوسيكل » فاختل توازن الراكب وسقط إلى الأرض ، ففى كل هذه الحالات تدخل الشىء تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر دون أن يمس الشخص أو الشىء المضرور أو يتصل به اتصالا مادياً مباشراً .

٧٣٠ – فعل الشىء وفعل الإنسان : وتجب الدقة فى التمييز بين فعل الشىء (fait de la chose) وفعل الإنسان (fait de l'homme) . ذلك أن المسئولية عن فعل الشىء تقوم على خطأ مفترض ، أما المسئولية عن فعل الإنسان فتقوم على خطأ واجب الإثبات . ومن ثم كان الفرق كبيراً بين المسئوليتين ، ووجب البحث عن معيار للتمييز فيما بينهما .

وقد سار القضاء الفرنسى مراحل متعاقبة فى طريقه إلى هذا التمييز . ففى المرحلة الأولى كان الضرر يعتبر من فعل الشىء إذا نجم عن فعل ذاتى للشىء (fait autonome de la chose) ويتحقق ذلك فى أحد فرضين : (١) إذا وقع الضرر من الشىء وهو غير محرك بيد الإنسان. (٢) إذا وقع الضرر من الشىء وهو محرك بيد الإنسان ، ولكن الشىء انطوى على عيب ذاتى كان هو السبب فى وقوع الضرر — ولكن هذا المعيار لم يكن مرضياً ، فهو يعتبر الضرر من فعل الإنسان ، ويقضى بوجوب إثبات الخطأ ، فى حالة من أشد الحالات حاجة إلى افتراض الخطأ ، وهى حالة ما إذا أحدث سائق السيارة ضرراً وهو يقود السيارة ولم يكن بها عيب ذاتى . فهذه حالة لا تدخل فى الحالتين اللتين يعتبر الضرر فيهما من فعل الشىء ، فيجب فيها إثبات الخطأ فى جانب السائق ، وهو أمر متعذر فى الكثرة الغالبة من

الحوادث[1]. وقد أخذ القضاء الفرنسي يتذبذب في الأخذ بهذا المعيار وفي تركه ، حتى صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية صريح في تركه ، وفي اعتبار الضرر من فعل الشيء حتى لو كان هذا الشيء محركاً بيد الإنسان ولم يكن به عيب ذاتي . فسائق السيارة إذا أحدث ضرراً وهو يسوق السيارة يكون مسئولا بمقتضى خطأ مفترض في جانبه ، لأن السيارة في حاجة إلى الحراسة لما ينجم عنها من الخطر[2].

وعلى هذا النحو استبدلت محكمة النقض الفرنسية ، في المرحلة الثانية ، معياراً بمعيار . وجعلت معيارها الجديد في حكم لها مشهور صدر في ٢١ فبراير سنة ١٩٢٧[3] ، أن يكون الشيء في ذاته خطراً بحيث يحتاج إلى الحراسة . وهذا المعيار قريب جداً من المعيار الذي أخذ به التقنين المصري الجديد ، حيث يقول في المادة ١٧٨ : « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ...»[4] . وبقي معيار « الشيء الخطر » تتداوله الفقهاء والمحاكم لتأييده أو لتفنيده ، وظل الأمر كذلك مدة قصيرة ،

---

(١) على أن هناك أشياء تحركها يد الإنسان ، ويبدو أن افتراض الخطأ فيها لا ينبغي أن يقوم ، لأنها إنما تتحرك طوعاً لإرادة رجال فنيين إذا أخطأوا وجب اعتبار الخطأ من فعلهم هم لا من فعل هذه الأشياء . مثل ذلك مبضع الجراح وآلات الأشعة .

(٢) وواضح أن أهم الحوادث التي يطبق فيها الخطأ المفترض هي حوادث السيارات .

(٣) داللوز ١٩٢٧ — ١ — ٩٧ مع تعليق ريبير — سيريه ١٩٢٧ — ١ — ١٣٧ مع تعليق إسمان . وقد جاء في هذا الحكم ما يأتي : « ومن حيث إن القانون ، في تطبيق الافتراض الذي يقرره ، لا يميز بين ما إذا كان الشيء محركاً أو غير محرك بيد الإنسان ، وإنما يكفي أن يكون الشيء خاضعاً لحراسة واجبة ، وذلك بسبب ما يمكن أن يعرض له الناس من الأخطار » .

(...Mais attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose était ou non actionnée par la main de l'homme, qu'il suffit qu'il s'agisse d'une chose soumise à la nécessité d'une garde, en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui.)

(٤) ومعيار الشيء الخطر قال به الأستاذ ريبير ، ولا يزال يقول به — هذا وينكر الأستاذان مازو أن يكون المعنى الذي قصدت اليه محكمة النقض في حكمها هذا هو معيار الشيء الخطر . فالمحكمة إنما قالت إن المسئولية التي تقوم على خطأ مفترض تتأسس على حاجة الشيء للحراسة لما يعرض الناس له من الخطر . فهي لا تميز بين الشيء الخطر والشيء غير الخطر ، بل تفسر حاجة الشيء للحراسة ، فترجعها إلى ما يعرض الشيء له الناس من الخطر (مازو ٢ فقرة ١٢٢٩) .

حتى طلعت محكمة النقض الفرنسية فى دوائرها المجتمعة بحكم مشهور صدر فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠[1] ، قضت فيه على معيار « الشيء الخطر » ، فلم تردده فى أسباب حكمها ، بل ربطت المسئولية القائمة على خطأ مفترض بفكرة الحراسة (à la grade de la chose) ، لا بالشيء ذاته خطراً كان أو غير خطر .

فأخذ الفقهاء ، فى مرحلة ثالثة ، يحللون فكرة الحراسة . وذهب الأستاذان مازو إلى التمييز بين الحراسة المادية (grade matérielle) والحراسة القانونية (grade juridique) ، فالحراسة المادية هى السيطرة الفعلية على الشيء ، أما الحراسة القانونية فتوجد حيث يوجد التزام قانونى بالمحافظة على الشيء وبمنعه من أن يكون مصدر ضرر للناس . ومن ثم يكون السارق قد استولى على الحراسة المادية دون الحراسة القانونية ، ويستبقى صاحب الشيء المسروق الحراسة القانونية ، فيكون ، هو دون السارق ، المسئول عن الشيء المسروق .

---

(١) دالوز ١٩٣٠ — ١ — ٥٧ مع مذكرة ماتير (Matter) وتعليق ريبر — سيريه ١٩٣٠ — ١ — ١٢١ مع تعليق إسمان . وقد جاء فى هذا الحكم ما يأتى : « ومن حيث إن الحكم المطعون فيه قد رفض تطبيق النص المشار إليه (م ١٣٨٤ فقره ١) بدعوى أن الحادث الذى تسببه سيارة تتحرك بدفع وبتوجيه من يد الإنسان ، لا يكون من فعل الشيء تحت الحراسة وفقاً للمادة ١٣٨٤ فقرة أولى ، ما دام لم يثبت مطلقاً أن الحادث يرجع إلى عيب ذاتى فى السيارة ، ومن ثم يجب على المضرور للحصول على تعويض ما أصابه من الضرر أن يثبت خطأ فى جانب السائق . ومن حيث إن القانون ، فى تطبيق الافتراض الذى يقرره ، لا يميز بين ما إذا كان الشيء الذى أحدث الضرر محركا أو غير محرك بيد الإنسان ، كما أنه ليس من الضرورى أن يكون منطوياً على عيب فى طبيعته يكون من شأنه أن يحدث الضرر ، فإن المادة ١٣٨٤ تربط المسئولية بحراسة الشيء لا بالشيء ذاته » .

"Que l'arrêt attaqué a refusé d'appliquer le texte susvisé (art. 1384 § 1.) par le motif que l'accident causé par une automobile en mouvement, sous l'impulsion et la direction de l'homme, ne constituait pas, alors qu'aucune preuve n'existe qu'il soit dû à un vice propre de la voiture, le fait de la chose que l'on a sous sa garde dans les termes de l'article 1384 § I, et que, dès lors, la victime était tenue, pour obtenir réparation du préjudice, d'établir à la charge du conducteur une faute qui lui fût imputable ; mais, attendu que la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme ; qu'il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même."

ثم عدل الأستاذان مازو عن هذا الرأى ، فى المرحلة الرابعة وهى المرحلة الحالية ، بعد أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية فى دوائرها المجتمعة ، فى ٢ ديسمبر سنة ١٩٤١[1] ، حكماً آخر لا يقل أهمية عن الحكم المتقدم ، قالت فيه إن السارق يعتبر حارساً للشىء المسروق ، ويكون مسئولا عما يحدثه هذا الشىء من الضرر بناء على خطأ مفترض فى جانبه . واعتبر الأستاذان مازو والجمهرة من الفقهاء أن حراسة الشىء ، كحراسة الحيوان ، هى السيطرة الفعلية على الشىء والقدرة على التصرف فى أمره ، مشروعة كانت هذه السيطرة أو غير مشروعة . فالسارق يعتبر حارساً للشىء المسروق لأنه يسيطر عليه سيطرة فعلية ، وإن كانت سيطرته غير مشروعة . ومالك الشىء إذا كان حائزاً له يعتبر حارساً لأن له السيطرة الفعلية عليه ، وهى سيطرة مشروعة. ويرتب الأستاذان مازو على هذا التحليل أن الضرر يعتبر من فعل الشىء إذا كان الشىء قد أحدث الضرر وهو مفلت من زمام حارسه . ذلك أن الحارس ما دام قابضاً على زمام الشىء ، فكل ضرر يحدث يعتبر من فعله لا من فعل الشىء ، ولا يكون مسئولا فى هذه الحالة إلا إذا ثبت خطأ فى جانبه . أما إذا أفلت الشىء من سيطرة الحارس، وخرج زمامه من يده . وأحدث ضرراً ، كان الضرر من فعل الشىء لا من فعل الحارس، ويكون هذا مسئولا بمقتضى خطأ مفترض[2] . وعندما يطبق الأستاذان معيارهما الجديد ، « إفلات زمام الشىء من سيطرة الحارس » ، يذهبان إلى أن الشىء إذا أحدث ضرراً ، فالمفروض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس وأن الضرر قد حدث بفعل الشىء ، ما لم يكن الحارس قد وجه الشىء قصداً إلى إحداث الضرر ، فهنا يعتبر الضرر قد حدث بفعل الحارس[3] . ومن ثم فكل ضرر يحدث بتدخل إيجابى من الشىء ، ولم يكن مقصوداً من حارسه ، يعتبر أنه قد حدث « بفعل الشىء »[4] .

---

(١) دالوز ١٩٤٢ — ١ — ٢٥ مع تعليق ريبير — سيريه ١٩٤١ — ١ - ٢١٧ مع تعليق هنرى مازو .

(٢) مازو ٢ فقرة ١٢٤٩ .

(٣) مازو ٢ فقرة ١٢٥٦ .

(٤) مازو ٢ فقرة ١٢٥٦ ص ٢١٨ .

٧٣١ — التقنين المدنى الجديد : والتقنين المدنى الجديد ربط الخطأ المفترض بحراسة الأشياء التى تتطلب حراستها عناية خاصة ، وفرض أن الآلات الميكانيكية تتطلب حراستها عناية خاصة دائماً .

لذلك لسنا فى حاجة إلى إجهاد النصوص لتحديد الفكرة التى يقوم عليها الخطأ المفترض فى المسئولية عن الأشياء فى القانون الجديد . فهذا الخطأ المفترض يقوم على فكرة « العناية الخاصة » التى تتطلبها حراسة الشىء . ولا يجوز اعتبار أن الضرر قد حدث بفعل الشىء إلا فى حالتين : (الأولى) أن يكون هذا الشىء آلة ميكانيكية تدخلت تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر ، أى كانت فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر . (والثانية) أن يكون هذا الشىء ليس آلة ميكانيكية ولكن حراسته تقتضى عناية خاصة . وهذا أقرب ما يكون إلى معيار « الشىء الخطر » كما قدمنا . فإذا كان الشىء فى حراسة شخص ، وكانت هذه الحراسة تقتضى عناية خاصة بالنسبة إلى طبيعة هذا الشىء أو بالنسبة إلى ظروفه وملابساته ، ثم أحدث الشىء ضرراً ، فإنه يفترض أن الحارس قد قصر فى بذل هذه العناية الخاصة حتى أفلت زمام الشىء من يده ، فأحدث الضرر . أما إذا كانت الحراسة لا تقتضى عناية خاصة فلا يفرض أن الحارس قد قصر فى بذل العناية الواجبة ، بل يجب على المضرور أن يقيم الدليل على هذا التقصير .

يبقى بعد ذلك أن نعرف متى تحتاج حراسة الشىء إلى عناية خاصة ؟ قدمنا أنه يجب فى ذلك الرجوع إلى طبيعة الشىء ، ثم إلى ظروفه وملابساته . ويترتب على ذلك أنه متى كانت طبيعة الشىء تقتضى عناية خاصة قام الخطأ المفترض . على أنه يلاحظ أن الآلات الميكانيكية ، كالسيارات والآلات الزراعية والصناعية والقاطرات البخارية والكهربائية والسفن البخارية والأسلحة النارية والمصاعد ، يفرض القانون بالنص أن حراستها تحتاج إلى عناية خاصة ، نظراً لطبيعتها ولما ركب فيها من محرك ذاتى (dynamisme propre) . وليست الآلات الميكانيكية وحدها هى التى تحتاج حراستها إلى عناية خاصة نظراً لطبيعتها . بل توجد

أشياء أخرى غير ميكانيكية تقتضى طبيعتها أن تكون فى نفس الوضع. مثل ذلك الأسلحة غير الميكانيكية على اختلاف أنواعها والأسلاك الكهربائية والمواد الكيماوية والأدوية الطبية والزجاج والمصابيح والفؤوس والمناجل والمفرقعات وما إلى ذلك[١].

على أن الشيء قد لا تقتضى حراسته عناية خاصة بالنظر إلى طبيعته، ولكن الظروف والملابسات التى وجد فيها تجعل هذه الحراسة فى حاجة إلى عناية خاصة. فعربة الركوب والشجرة والسلم والحبل والرمال والصخر، كل هذه ليست أشياء خطرة بطبيعتها، ولكن قد تصبح خطرة فى ظروف معينة. فعربة الركوب بالنسبة إلى المشاة شيء خطر، وهى ليست كذلك بالنسبة إلى السيارات. والشجرة ليست خطرة ما دامت فى وضعها الطبيعى، فإذا اقتلعتها الريح ورمت بها فى عرض الطريق أصبحت شيئاً خطراً. والسلم يصبح خطراً إذا دهن بمادة لزجة تجعل الانزلاق عليه أمراً محتملا. والحبل قد يصبح خطراً إذا جعل فى وضع بحيث ترتطم به الناس. وهذا هو الشأن فى الرمال إذا انهالت، وفى الصخر إذا انحدر[٢].

ومن ذلك نرى أن الشيء تقتضى حراسته عناية خاصة إذا كان خطراً بطبيعته أو كان خطراً بملابساته. وهو يصبح خطراً بملابساته إذا كان فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث الضرر، أى إذا تدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر وهنا يتلاقى القضاء الفرنسى مع نصوص التقنين المصرى الجديد[٣].

---

(١) وإذا انفجرت مواد ملتهبة فشبت حريق من جراء هذا الانفجار، كان الحارس مسئولا بمقتضى خطأ مفترض. وفى فرنسا لا يكون مسئولا إلا إذا ثبت خطأه بمقتضى قانون ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢.

(٢) انظر فى تطبيقات أخرى متنوعة مازو ٢ فقرة ١٢٥٨ — فقرة ١٢٧٠.

(٣) ويعترض الأستاذان مازو على مثل هذا الرأى (أنظر مازو ٢ فقرة ١٢٣٩). وهما يقولان إن كل شيء قد يصبح خطراً فى ظروف معينة. وهذا صحيح. وهو منذ يصبح خطراً بقيام هذه الظروف تحتاج حراسته إلى عناية خاصة. فإذا أحدث ضرراً غير مقصود، فرض أن زمامه قد أفلت من يد الحارس. فيرجع الأمر إذن إلى «الخطر النسبى للأشياء بالنسبة إلى الظروف الملابسة»، وما إذا كان الشيء قد جعل فى وضع أو فى حالة تسمح عادة بأن يحدث ضرراً، فعندئذ تحتاج حراسته إلى عناية خاصة. وهذا هو عين ما يقوله الأستاذان فى شرح القضاء الفرنسى. فهما كما رأينا يرجعان بعد إسهاب طويل إلى فكرة التدخل =

المطلب الثانى

على أى أساس تقوم مسئولية حارس الأشياء

٧٣٢ — مسألتاد : متى تحققت مسئولية حارس الشيء على النحو الذى قدمناه ، قامت هذه المسئولية على خطأ مفترض فى جانب الحارس . فنبين الآن ما هو هذا الخطأ ، وإلى أى حد هو مفترض .

§ ١ — ما هو الخطأ

٧٣٣ — خطأ فى الحراسة : الخطأ المفترض فى جانب حارس الشيء ، كالخطأ المفترض فى جانب حارس الحيوان ، هو خطأ فى الحراسة (faute dans la garde) . فإذا ألحق الشيء ضرراً بالغير ، كان المفروض أن زمام هذا الشيء قد أفلت من يد حارسه ، وهذا هو الخطأ .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الخطأ فى الحراسة بهذا التفسير هو خطأ أقرب إلى الصنعة منه إلى الحقيقة ، فهو خطأ موهوم ، اخترعته الصياغة القانونية ليخفى تحته الواقع ، إذ المسئول قد أقحم عليه الخطأ إقحاماً ، وفرض عليه فرضاً لا يستطيع التملص منه . والأولى أن يقال إن المسئولية هنا قد فرضها القانون ، وأقامها على أساس من تحمل التبعة . ذلك أن المسئول هو الذى ألقى إلى المجتمع بشيء يصح أن يكون مصدراً للضرر ، وانتفع به ، فإذا ما وقع الضرر فعلا وجب أن يتحمل تبعته[1] . والرد على نظرية تحمل

= الإيجابى . وليست هذه الفكرة إلا فكرة الشيء الخطر بالنسبة إلى وضعه وملابساته .

[وانظر فى أن الشيء تتطلب حراسته عناية خاصة إما بحسب طبيعته وإما نظراً إلى ظروفه وملابساته : أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٥٥٧ — عبدالمنعم فرج الصدة ص ٥٨٣ — وقارن سليمان مرقس فى الفعل الضار فقرة ١٦٤] .

(١) انظر فى هذا المعنى جوسران ٢ فقرة ٥٥٣ .

التبعة هنا هو عين الرد على هذه النظرية فى المسئولية عن الحيوان . فلا يمكن القول إن أساس المسئولية عن الشيء هو تحمل التبعة ، وإلا لكان المسئول هو المنتفع بالشيء لا الحارس ، ولما جاز دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبى .

٧٣٤ — *ما الذى يثبته المضرور:* والمضرور لا يكلف إثبات الخطأ لأنه مفترض ، ولكنه يكلف إثبات الشروط التى تتحقق بها مسئولية حارس الأشياء . فيجب عليه أن يثبت أولا أن المدعى عليه هو حارس الشيء الذى أحدث الضرر ، والمفروض هنا أن الحارس هو المالك ، إلى أن يثبت المالك أن حراسة الشيء قد خرجت من يده إلى يد شخص آخر وقت وقوع الضرر وعندئذ يكون هذا الشخص هو المسئول . ويجب على المضرور أيضاً أن يثبت أن الضرر قد وقع بفعل شيء تقتضى حراسته عناية خاصة أو بفعل آلة ميكانيكية ، والمفروض كما قدمنا أن الشيء قد تدخل تدخلا إيجابياً فى إحداث الضرر ، إلى أن يقيم الحارس الدليل على أن التدخل لم يكن إلا سلبياً .

§ ٢ — إلى أى حد هو مفترض

٧٣٥ — *الافتراض لا يقبل إثبات العكس:* الخطأ هنا مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، كالخطأ المفترض فى جانب حارس الحيوان[١] .

فلا يجوز إذن للحارس أن ينفى الخطأ عن نفسه بأن يثبت أنه لم يرتكب خطأ أو أنه قام بما ينبغى من العناية حتى لا يحدث الشيء الضرر . ذلك أن الضرر لم يحدث إلا لأن زمام الشيء قد أفلت من يده ، وهذا الإفلات هو عين الخطأ كما قدمنا فى المسئولية عن الحيوان . وقد ثبت الإفلات بدليل وقوع الضرر ، فلا حاجة إذن لإثباته بدليل آخر ، ولا جدوى من نفيه بإثبات العكس . وهذا هو المعنى المقصود من أن الخطأ مفترض

---

(١) انظر فى أن مسئولية حارس الأشياء تقوم على قاعدة موضوعية لا على قرينة قانونية ، وأنها تتحقق حتى لو كان الحارس عديم التمييز : عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٣٠ — فقرة ٥٣١ .

افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، فهو ، خطأ المسئول عن الحيوان ، خطأ قد تم إثباته ، ولا يتصور إذن أن يثبت عكسه[١] .

وقد كانت هذه المسألة هي الميدان الذى هاجم فيه أنصار نظرية تحمل التبعة نظرية الخطأ المفترض . فقد اعترضوا كما رأينا على فكرة الخطأ المفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس ، وقالوا إن الخطأ إذا افترض وجب أن يكون الافتراض قابلا لإثبات العكس . ذلك أن الحارس إذا استطاع أن يقيم الدليل على أنه لم يرتكب خطأ ، فإلصاق الخطأ به بالرغم من ذلك ليس إلا تحايلا لإقامة المسئولية على أساس خطأ وهمى لا وجود له بعد أن أقام الدليل على نفيه . وهذا ما دعا محكمة النقض الفرنسية إلى أن تتحدث ، فى حكمها الذى أصدرته فى دوائرها المجتمعة فى ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ ، عن « افتراض المسئولية » (présomption de responsabilité) ، لا عن « افتراض الخطأ » (présomption de faute)

ويرد الأستاذان مازو على هذا الاعتراض بأن الخطأ الذى قامت عليه مسئولية حارس الشىء هو خطأ فى الحراسة . والأصل فى ذلك أن كل حارس يلتزم قانوناً بألا يجعل زمام الشىء يفلت من يده حتى لا يصاب أحد بضرر . وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) ، لا التزام ببذل عناية (obligation de moyen) . فإذا أفلت زمام الشىء من يد حارسه ، فقد وقع الخطأ ، ولا سبيل بعد ذلك إلى نفيه بإثبات العكس[٢] .

---

(١) ويمكن القول إن كل خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس هو خطأ ثابت لا خطأ مفترض. ولكنه خطأ ثابت على نحو خاص ، فقد تدخل القانون لجعله خطأ ثابتاً ، بأن جعل حدوث الضرر دليلا على إفلات الشىء من حراسة حارسه وعلى أن هذا الإفلات كان السبب فى إحداث الضرر . فيؤدى ذلك إلى جعل التزام حارس الشىء التزاما بتحقيق غاية هى عدم إحداث الشىء ضرراً لأحد ، فإذا حدث ضرر لم تتحقق الغاية وكان هذا هو الخطأ . ولكننا لم نصل إلى هذه النتيجة إلا عن طريق دليل وضعه القانون هو أن حدوث الضرر قرينة غير قابلة لإثبات العكس على أن الشىء أفلت من الحراسة فأحدث الضرر ، وهذه القرينة القانونية هى التى أدخلت عنصر الافتراض فى الخطأ .

(٢) انظر مازو ٢ فقرة ١٣١٥ وفقرة ١٣١٨ وفقرة ١٣٢٠ وفقرة ١٣٢٦ وفقرة ١٣٢٧ حسين عامر فى المسئولية المدنية فقرة ٧٤٤ . — ويلاحظ أن القضاء الفرنسى عندما تكلم عن افتراض المسئولية ، جعل المفروض هو علاقة السببية لا الخطأ ، حتى لا يصطدم بالمادة ١٣٠٢ من القانون المدنى الفرنسى ، والسببية هنا مفترضة افتراضاً قابلا لإثبات العكس ، وهى تنتفى بإثبات السبب الأجنبى .

ونقرر هنا ما قررناه فى المسئولية عن الحيـوان من أن افتراض الخطأ إنما يقوم فى العلاقة ما بين الحارس والمضرور . وقد قدمنا أن المضرور هو الذى ينتفع بهذا الافتراض ولا يضار به ، فلا يجوز أن يحتج به عليه . كذلك لا يقوم افتراض الخطأ اذا أحـدث الشىء الضرر لذاته[1] . وقد تجتمع مسئولية حارس الشىء مع مسئولية المتبوع فى شخص واحد . فإذا كان مالك الشىء قد دفعه إلى تابعه واحتفظ بالحراسة ، وألحق الشىء ضرراً بالغير ، فإن المالك هنا يكون مسئولا بأحد اعتبارين : إما باعتباره حارساً فيكون الخطأ مفترضاً فى جانبه ، وإما باعتباره متبوعاً فيجب إثبات الخطأ فى جانب التـابع حتى يقوم الخطأ المفترض فى جانب المتبوع . والخطأ المفترض لا يقوم حيث توجد علاقة عقـدية ما بين الحارس والمضرور . فأمين النقل وهو مسئول بالعقد عن سلامة الراكب ، والطبيب وهو ملتزم بالعقد أن يبذل العناية الواجبة فى علاج المريض ، لا يكونان مسئولين مسئولية تقصيرية بمقتضى خطأ مفترض ، بل هما مسئولان بمقتضى العقد مسئولية عقدية ، وقد مر بيان ذلك . وإذا قام عقد بين التابع والمتبوع يرتب التزاماً على المتبوع بضمان سـلامة التابع ، وأصاب شىء فى حراسة المتبوع التابع بالضرر ، كانت مسئولية المتبوع مسئولية عقدية ، لا مسئولية تقصيرية . فإن كان العقد لا يرتب التزاماً بضمان سلامة التابع ، أو إذا لم يوجد عقد أصلا بين التابع والمتبوع ، كان المتبوع مسئولا مسئولية تقصيرية تقوم على خطأ مفترض .

وحارس الشىء كحارس الحيوان لا يجوز أن يكون عديم التمييز ، لأن مسئوليته تقوم على الخطأ ، وعديم التمييز لا يتصور الخطأ فى جانبه[2] .

---

(١) مازو ٢ فقرة ١٢٧٢ — ٢ .

(٢) [فإذا كان مالك السيارة صبياً غير مميز أو مجنوناً ، فلا يمكن أن يكون حارساً ، وتنتقل الحراسة إلى من يقوم مقامه من ولى أو وصى أو قيم . وإذا كان عديم التمييز هو الذى أحدث الضرر بفعله ، كان متولى الرقابة هو المسئول وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الصدد فإذا لم يكن أحد متولياً الرقابة ، أمكنت مساءلة عديم التمييز المساءلة المخففة التى سبق تفصيل أحكامها (عبد الحى حجازى ٢ ص٥٦٢ — ص٥٦٣) .
[وقارن سليمان مرقس نهاية فقرة ٥٢٣ ص ٦٩٧ حيث يرى أن المالك حارساً ولو كان غير مميز طالما =

٧٣٦ — *جواز نفي المسئولية بنفي علاقة السببية* : ولما كان حارس الشيء لا يستطيع أن يدفع المسئولية عن نفسه بنفي الخطأ على النحو الذي بيناه ، لم يبق أمامه لدفع المسئولية إلا أن ينفي علاقة السببية بين فعل الشيء والضرر الذي وقع . وهو لا يستطيع نفي علاقة السببية هـذه إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي (١) : قوة قاهرة أو حادث مفاجيء أو خطأ المصاب أو خطأ الغير (٢) . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ١٧٨ إذ تقول : « . . . ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » . ثم ينتهي النص بهذه العبارة : « هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة » . ومن أهم هذه الأحكام الخاصة ما سبق أن ذكرناه من مسئولية رب العمل عن حوادث العمل ، فهي مسئولية لا تقوم على خطأ مفترض ، بل تقوم على أساس تحمل التبعة .

= أنه لم يثبت أن الحراسة انتقلت منه إلى شخص آخر يباشر السيطرة الفعلية على الشيء لحساب نفسه فلا يرفع المسئولية عن هـذا المالك وجود الشيء المملوك له تحت سيطرة تابعه أو وصيه لأن كلا من هذين لا يباشر تلك السيطرة لمصلحة نفسه بل لمصلحة ذلك المالك] .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت المحكمة قد أقامت قضاءها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسئولية التقصيرية على أن وقوع الحادث للطائرة — والذي أودى بحياة طيارها — دون أن يعرف سببه لا يلزم فيه اعتبار شركة الطيران مرتكبة لخطأ يقتضي الحكم عليها بالتعويض ، إذ يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذي نشأ عنه الحادث وارتبط معه برابطة السببية ، وأنه متى كان سبب احتراق الطائرة في الجو غير معلوم ولا يمكن إسناده لعيب معين في تركيب الطائرة ، فإن مسئوليتها عن التعويض تعتبر منتفية ، فان هذا التأسيس صالح لإقامة الحكم وكاف في دفع مسئولية الشركة المذكورة ، وبحسب المحكمة أن تكون قد أقامت حكمها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسئولية التقصيرية على ما ثبت لها من أن الضرر الذي أصاب المضرور قد نشأ عن سبب أجنبي لم يكن للمدعى يد فيه ، وليس على المحكمة بعد ذلك أن تتحدى وقوع خطأ من المضرور أو خطأ من الغير . ولا مصلحة للمضرور في التمسك بعدم تعرض الحكم للبحث في المسئولية التعاقدية التي أسس عليها أحد مبلغي التعويض المطالب بهما باعتبار أنه يمثل حصته الميراثية فيما يستحقه مورثه من تعويض قبل الشركة نتيجة لخطئها التعاقدي ، ذلك لأن السبب الأجنبي يصلح أساساً لدفع المسئولية التقصيرية وكذلك لدفع المسئولية التعاقدية (نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥١ ص ٤٤١) — ويلاحظ أن الحكم لا يخلو من غموض ، فالسبب مجهول ومع ذلك تعتبر محكمة النقض أن الشركة قد أثبتت السبب الأجنبي !] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم قد انتهى في منطق سليم إلى أن المتهم لم يرتكب خطأ ما وأن الخطأ من جانب المجني عليه وحده ، فإن ذلك يكفي بذاته للقضاء ببراءة المتهم ورفض الدعوى المدنية قبله وقبل المسئول عن الحقوق المدنية ، ذلك لأن مناط المسئولية المدنية قبل الأخير كما أتى به نص المادة ١٧٨ من القانون المدني هو ألا يكون الضرر راجعاً لسبب أجنبي لا يد للحارس فيه : نقض جنائي في ١٠ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض السنة ٩ رقم ٧٣ ص ٢٦٧] .

الباب الثالث

الإثراء بلا سبب

(L'Enrichissement sans cause)

تمهيد

٧٣٧ — الإثراء بلا سبب هو مصدر قديم من مصادر الالتزام : كل من أثرى على حساب الغير دون سبب قانونى يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثرى به فى حدود ما لحق الغير من خسارة . فإذا استولى شخص على ملك غيره ، دون أن يكون لهذا الاستيلاء سبب قانونى ، وأضافه إلى ملكه ولو بنية حسنة ، يكون قد أثرى دون سبب قانونى على حساب الغير ، فيلتزم برد أدنى القيمتين : ما أثرى به هو وما افتقر به الغير .

وقاعدة الإثراء بلا سبب على هذا النحو الذى بيناه تعتبر من أولى قواعد القانون . تمتد جذورها فتتصل مباشرة بقواعد العدالة والقانون الطبيعى . وهى فى غير حاجة إلى تبرير ، إذا تحمل فى طياتها ما يبررها . بل لعلها أول مصدر ظهر للالتزام فى فجر التاريخ ، وهذا مبلغ حظها من البداهة القانونية . وهى على كل حال مصدر للالتزام عاصر مصدر العمل غير المشروع ، وهذا هو من المصادر الأولى التى عرفها القانون[1] .

٧٣٨ — على أن قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذا كانت قد عرفت منذ القديم ، فهى لم تعرف إلا على نحو غير متصل الأجزاء : عرفها القانون الرومانى لا كمبدأ عام تستخلص منه تطبيقاته المتنوعة ، بل كجزئيات متناثرة وفروض متفرقة تستقصى فى حالات محددة ، دون أن يجمعها أصل مشترك أو تنتظمها قاعدة عامة .

وكان حظ القاعدة فى العصور الوسطى ، سواء فى القانون الفرنسى القديم أو فى الفقه

---

(١) جيرار (Girard) موجز القانون الرومانى باريس سنة ١٩٢٤ ص ٦٤٢ وما بعدها [انظر كذلك بيدان جـ ٩ مكرر ص ٣٣٥ بند ١٧١٥ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٤٧ ص ٣٠٩ وهامش ٢ — وقارن دى باج جـ ٣ ص ٣٦ بند ٢٩] .

الإسلامى أو فى القانون الإنجليزى ، حظاً ضئيلا لا يدانى حتى هذا المجال المحدود الذى ظفرت به فى القانون الرومانى .

وتلقاها القانون الحديث تراثاً مبعثراً مشتت الأجزاء ، فبقيت مختلطة بغيرها من مصادر الالتزام دون أن تظفر بقوام ذاتى وكيان مستقل[1] ، حتى عهد قريب ، إذ تناولها القضاء فى فرنسا وفى مصر ، وتناولتها التقنينات الحديثة ، فارتسمت لها حدود معروفة المعالم واضحة المدى . وكسبت القاعدة ذاتيتها ، وقامت مصدراً مستقلا إلى جانب غيرها من مصادر الالتزام .

وسجل التقنين المصرى الجديد أقصى مرحلة وصلت إليها القاعدة فى مراحل تدرجها .

ومن ثم يعنينا أن نتابع القاعدة فى تطورها التاريخى .

التطور التاريخى لقاعدة الإثراء بلا سبب

القانون الرومانى :

٧٣٩ — طائفتان من الدعاوى : عرف القانون الرومانى طائفتين من الدعاوى تقومان على قاعدة الإثراء بلا سبب: دعاوى الاسترداد لما دفع دون سبب (condictiones sine cause) ودعاوى الإثراء بلا سبب (action de in rem verso) . ولكن كلا من هاتين الطائفتين من الدعاوى لم يكن يباح إلا فى حالات معينة حددت على سبيل الحصر. ولم يصل القانون الرومانى إلى وضع قاعدة عامة تشتمل على جميع الأحوال التى يجوز أن يتناولها الإثراء دون سبب . ونستعرض هاتين الطائفتين من الدعاوى .

---

(١) يشبهها الأستاذ ريبير (Ripert) فى كتابه « القاعدة الأدبية فقرة ١٣٣ » بجدول من الماء يجرى تحت الأرض ، فينبت من القواعد القانونية المحددة ما يشهد بوجوده ، ولكن الجدول لا يظهر فوق الأرض أبداً .

٧٤٠ — دعاوى استرداد ما دفع دون سبب: وهذه تشتمل على الدعاوى الآتية :

١ — دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير دون حق وهو يظن أن هذا الغير دائن له ، وتسمى (condictio indebiti) .

٢ — دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لسبب مشروع لم يتحقق ، وتسمى (condictio, cause date, cause non secutar)

٣ — دعوى يسترد بها الشخص ما دفعه للغير لمنعه من القيام بعمل غير مشروع (كمنعه من ارتكاب جريمة) ، أو لدفعه إلى تلافى ما قام به من عمل غير مشروع (كدفعه إلى رد ما سرقه) . وهذه الدعوى تسمى (condictio ob turpem causam) . فإذا كان السبب غير المشروع قائماً عند كل من المتعاقدين ، كما إذا تعاقد شخص مع آخر لدفعه إلى ارتكاب جريمة أو عمل من أعمال العهارة أو المقامرة ، امتنع الاسترداد .

٤ — دعوى يسترد بها المفتقر من المثرى ما افتقر به على خلاف أحكام القانون ، كالمدين يسترد من دائنه ما دفعه من فوائد غير قانونية أو من دين عقده تحت سلطان الإكراه . وهذه الدعوى تسمى (condictio ob injustum causam) .

٥ — دعوى يسترد بها الشخص من الغير ما دفعه له فى أحوال معينة ، إذا كان السبب غير موجود أو كان لم يتحقق أو كان قد انقطع بعد أن تحقق . وهذه الدعوى تسمى (condictio sine causa) بمعناها الضيق . ولكنها لم تكن تباح إلا فى أحوال محددة على سبيل الحصر ، فلم تمتد إلى جميع الأحوال لتصبح قاعدة عامة . من ذلك أن المفتقر لم يكن له من سبيل إلى الاسترداد فى بعض الحالات ، كالمصروفات ينفقها الحائز لأرض الغير وهو حسن النية ، وكالأرض يفقدها مالكها بتحول مجرى النهر .

ويلاحظ فى شأن دعاوى الاسترداد هذه أمور ثلاثة :

(الأمر الأول) أن ظهور هذه الدعاوى فى القانون الرومانى كان نتيجة للشكلية

(formalisme) والتجرد (abstraction) اللذين انطوى عليهما التعامل فى هذا القانون. فقد كان العقد يعتبر صحيحاً دون اعتبار لسببه ، حتى لو كان هذا السبب غير موجود أو كان غير مشروع ، ما دام العقد قد استوفى الشكل المفروض. وكانت الملكية تنتقل طبقاً للأوضاع المرسومة حتى لو كان سبب نقلها غير موجود أو غير مشروع. ومن ثم وجدت دعاوى الاسترداد هذه فيما لو نفذ العقد وكان سببه غير موجود أو غير مشروع فيسترد المدين ما دفع ، وفيما لو انتقلت الملكية لسبب غير موجود أو غير مشروع فيسترد المالك ملكه. وقد سبق بيان ذلك عند الكلام فى نظرية السبب.

(الأمر الثانى) أن كل هذه الدعاوى تتصل بعقد قائم ما بين المثرى والمفتقر (negotium contractus) إذ هى فى أصلها مشتقة من دعوى الاسترداد فى عقد القرض (mutuum)[1] ، فمن أجل ذلك وجب أن تتصل بعقد. ومن ثم لم يكن هناك سبيل للحائز أن يسترد مصروفاته إذ هو لم يرتبط بعقد مع مالك الأرض.

(الأمر الثالث) أن الإثراء فى هذه الدعاوى يجب أن يكون قد انتقل مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى دون وساطة أجنبى. فإذا تحقق الإثراء عن طريق هذه الوساطة، وأثرى شخص من وراء عقد لم يكن طرفاً فيه ، فإن الإثراء هنا يكون محلا للطائفة الأخرى من الدعاوى وهى دعاوى الإثراء بلا سبب.

٧٤١ — دعاوى الإثراء بلا سبب : وهذه بدأت فى دائرة محدودة هى دائرة التعاقد الذى يتم ما بين شخص وآخر ، يكون تحت السلطة الأبوية ولداً ، أو تحت سلطة السيد عبداً. فإذا أثرى الأب أو السيد من وراء هذا التعاقد دون أن يكون هو طرفاً فيه ، جاز الرجوع عليه بقدر ما أثرى فى حدود افتقار من تعاقد مع الولد أو العبد.

---

(١) انظر سافينى (Savigny) فى القانون الرومانى (ترجمة جينو ١٨٥١ — ١٨٥٥) ص ٥١٣ — ص ٦١٧ — قارن جيرار موجز القانون الرومانى باريس سنة ١٩٢٤ ص ٦٢٥ وما بعدها .

ثم اتسعت دائرة هذه الدعاوى ، فشملت التعاقد ما بين شخصين لا يخضع أحد منهما لسلطة ما . فإذا أثرى شخص ثالث من وراء هذا التعاقد جاز الرجوع عليه بدعوى الإثراء ، كشريك تعاقد مع الغير فعاد التعاقد ينفع على الشركة . ولكن ظلت الحالات التى تباح فيها هذه الدعاوى هى أيضاً محددة ، ولم توضع قاعدة عامة تشمل جميع حالات الإثراء بلا سبب .

القانون الفرنسى القديم :

٧٤٢ — دعاوى استرداد ما دفع دون سبب : لم يعترف هذا القانون بقاعدة الإثراء بلا سبب قاعدة عامة شاملة التطبيق ، وقصر المبدأ على حالات معينة انتقلت إلية من القانون الرومانى . وأظهر هذه التطبيقات هى دعاوى استرداد ما دفع دون حق (condictiones sine causa)(١) .

وقد وقع تطور هام فى شأن هذه الدعاوى منذ ظهرت نظرية السبب فى القانون الفرنسى القديم . فقد ترتب على اعتبار السبب ركناً فى العقد أن فقدت دعاوى استرداد ما دفع دون حق الشىء الكثير من أهميتها . إذ كانت فى القانون الرومانى — وعنده العقود شكلية مجردة كما سبق القول — ذريعة لتلافى النتائج التى تترتب على هذه الشكلية وهذا التجريد . فكان المتعاقد يسترد بها ما دفعه دون سبب أو لسبب غير مشروع . أما بعد أن اعترف القانون الفرنسى القديم بالسبب ركناً فى العقد ، فقد أصبح العقد الذى لا سبب له أو الذى يكون سببه غير مشروع عقداً باطلا ، فلم تعد هناك حاجة لدعاوى الاسترداد إلا فى الحالات القليلة التى ينفذ فيها العقد رغم بطلانه ، أو فى الحالات التى يفسخ فيها العقد بعد تنفيذه .

---

(١) انظر دوما (Domat) (القوانين المدنية ١ الكتاب الثانى الباب السابع الفصل الأول فقرة ١٠) .

٧٤٣ — دعاوى الإثراء بلا سبب : وبقيت دعاوى الإثراء بلا سبب (actio de in rem verso) تباح فى بعض حالات الإثراء. ولكنها مالبثت أن اختلطت بدعوى الفضالة. وعالج بوتييه الأولى باعتبارها فرعاً عن الثانية . فذكر أنه إذا تولى شخص شؤون غيره ، معتقداً أنه يدبر شؤون نفسه ، أو فعل ذلك رغم إرادة رب العمل، اختل ركن من أركان الفضالة ، فلا تطبق أحكامها كاملة ، وتطبق أحكام فضالة ناقصة (gestion d'affaires anormale) يقتصر فيها الفضولى على استرداد ما أنفق فى حدود ما أثرى به رب العمل يوم رفع الدعوى[١] .

الفقه الإسلامى[٢] :

٧٤٤ — لا يعترف الفقه الإسلامى بالإثراء بلا سبب مصدراً للالتزام إلا فى حدود هى أضيق بكثير من المدى الذى وصل إليه القانون الرومانى والقوانين اللاتينية والجرمانية التى اشتقت منه .

وأوسع ما يعترف به الفقه الإسلامى فى ذلك هو دفع غير المستحق . والظاهر من نصوص الشريعة الإسلامية أنها تجعله مصدراً للالتزام . فلو أن شخصاً ظن أن عليه ديناً ، فبان خلافه ، رجع بما أدى[٣] .

ولا يعترف الفقه الإسلامى بعمل الفضولى مصدراً للالتزام ، ويعتبر الفضولى متبرعاً لا يرجع بشىء على رب العمل[٤] .

---

(١) انظر بوتييه (Pothier) فى باب الوكالة فقرة ١٨٢ وفقرة ١٨٩ .

(٢) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦٧ ص ٦٩ — ص ٧١ .

(٣) الأشباه والنظائر جزء أول ص ١٩٤ . وفى شرحه غمز عيون البصائر من دفع شيئاً ليس واجباً عليه فله استرداده إلا إذا دفعه على وجه الهبة . انظر أيضاً فى هـذا المعنى م ٢٠٢ و م ٢٠٧ من كتاب مرشد الحيران .

(٤) يؤيد هذا ما ورد فى مجمع الضمانات من النصوص الآتية : عمر دار امرأته لها بلا إذنها قال النسفى =

أما الإثراء بلا سبب كقاعدة عامة فلا يعترف به الفقه الإسلامى . على أنه توجد حالات معينة يكون فيها الإثراء بلا سبب فى هذا الفقه ملزماً للمثرى على حساب الغير . ويكون ذلك عادة إذا كان الشخص الذى افتقر لم يكن له بد من ذلك ، كما لو بنى صاحب العلو السفل بدون إذن صاحبه أو إذن الحاكم ، فلا يكون متبرعاً ويرجع بقيمة البناء على صاحب السفل لأنه مضطر إلى البناء إذ لو رفع الأمر إلى الحاكم فالحاكم لا يجبر صاحب السفل على بناء سفله لعدم تعديه[(١)] .

ومن ثم نرى أن الإثراء بلا سبب ليس بمصدر للالتزام فى الفقه الإسلامى إلا فى حالات قليلة[(٢)] .

= العمارة كلها لها ولا شيء عليها من النفقة فإنه متبرع ، وعلى هذا التفصيل عمارة كرم امرأته وسائر أملاكها (ص ٤٥٣) — المديون إذا أنفق على ولد رب الدين أو امرأته بغير أمره لا يبرأ من الدين ولا يرجع بما أنفق على من أنفق عليه (ص ٤٤٩) — لو قضى دين غيره بغير أمره جاز ، فلو انتقض ذلك بوجه من الوجوه يعود إلى ملك القاضى لأنه تطوع بقضاء الدين ، ولو قضى بأمره يعود إلى ملك من عليه الدين ، وعليه للقاضى مثلها (ص ٤٤٨ - ص ٤٤٩) .

(١) وفى جامع الفصولين زرع بينهما فغاب أحدهما وأنفق الآخر يكون متبرعاً بخلاف ذى العلو مع أن كلا لا يصل إلى حقه إلا بالإنفاق . والفرق أن الأول مضطر لأن شريكه لو كان حاضراً يجبره القاضى على الإنفاق ولو غائباً يأمر القاضى الحاضر به ليرجع على الآخر ، فلما زال الاضطرار كان متبرعاً ، أما ذو العلو فمضطر فى بناء السفل إذ القاضى لا يجبر صاحبه لو حاضراً فلا يأمر غيره لو غائباً ، والمضطر ليس بمتبرع (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٧٠٥) .

(٢) انظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور السنهورى جـ ١ ص ٥٦ — وانظر كذلك الدكتور سليمان مرقس الإثراء على حساب الغير جـ ١ (من مطبوعات معهد الدراسات العربية سنة ١٩٦١) ص ٢٠ — ٣٨ بند ٥ — ١٢ حيث عرض لآراء الفقهاء فيما يتعلق بموقف الشريعة الإسلامية من قاعدة الإثراء بلا سبب . وقد أورد فى هذا الشأن رأى الدكتور شفيق شحاته وهو مطابق لرأى صاحب الوسيط ثم رأى الدكتور صلاح الدين الناهى (والأستاذ صبحى المحمصانى) وهما يذهبان إلى وجود (أو إمكان وجود) نظرية عامة للاثراء بلا سبب فى الشريعة الإسلامية . ثم عمد الدكتور مرقس بعد ذلك إلى تحليل وتقسيم الحلول التى وردت فى الفقه الحنفى فى هـذا الشأن وانتهى إلى أنها ترد إلى مبدأ عام مؤداه الالتزام برد الإثراء الحاصل على حساب الغير . ولئن كان فقهاء الحنفية قد نفوا التزام المثرى بالرد حيث يكون الإثراء حاصلا بفعل المفتقر فإنما يرجع ذلك إلى أنهم افترضوا فى المفتقر قصـد التبرع . فإذا تبين من مسلكه أنه لم يقصد التبرع جاز له الرجوع على المثرى] .

القانون الإنجليزى[١] :

٧٤٥ — وإذا كان باب الإثراء بلا سبب ضيقاً فى الفقه الإسلامى ، فهو لا يزيد اتساعاً فى القانون الإنجليزى . وفى هذا يتقارب الفقه الإسلامى والقانون الإنجليزى ، ويبعدان معاً عن القانون الرومانى .

وأوسع ما يعترف به القانون الإنجليزى هو دفع غير المستحق ، شأنه فى ذلك شأن الفقه الإسلامى . فمن دفع مبلغاً من النقود إلى غير دائن ، معتقداً بحسن نية أنه يدفع للدائن ، يسترد فى القانون الإنجليزى ما دفعه بشرط أن يكون الغلط فى الواقع لا فى القانون[٢] .

وليس للفضولى فى القانون الإنجليزى الحق فى استرداد ما أنفقه من المصروفات إلا فى حالات محددة ، منها حالة إنقاذ سفينة من الغرق وحالة الدائن المرتهن فيما يتحمله من النفقة لحفظ العين المرهونة[٣] .

أما مبدأ الإثراء بلا سبب ذاته فلا يعترف به القانون الإنجليزى إلا فى حالات خاصة[٤] .

القانون الفرنسى الحديث[٥] :

٧٤٦ — **المرحلة الأولى (إنكار المبدأ العام)** : لم يحتو تقنين نابليون نصاً يشتمل

---

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦١ ص ٦١ — ٦٢ .

(٢) انظر كينر (Keener) فى شبه العقد ص ٨٥ وما بعدها و ص ١٣٩ وما بعدها .

(٣) انظر جنكس (Jenks) م ٧٢٠ .

(٤) نذكر منها ما يأتى : ١ — إذا دفعت شركة التأمين مبلغ الخسارة المؤمن عليها فلها أن ترجع على المؤمن له بالتعويض الذى أخذه من الغير عن هذه الخسارة ٢ — إذا استولى أحد الشركاء فى الشيوع على أكثر من نصيبه فى غلة العين الشائعة التزم برد هذه الزيادة ٣ — إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما عليه من التزام فللآخر أن يفسخ العقد وأن يسترد النقود التى دفعها للطرف الأول أو أن يطلب تعويضاً عما قام به هو من الأعمال تنفيذاً للعقد . يراجع فى هذه الحالات جنكس (Jenks) م ٧٠٧ وما بعدها .

(٥) [انظر فى عرض التطور التاريخى للقانون الفرنسى الحديث فى هذا الموضوع : مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٤٧ — بيدان جـ ٩ مكرر ص ٣٥٥ بند ١٧٤٠ وما بعده — دى باج جـ ٣ بند ٢٩] .

على قاعدة عامة للاثراء بلا سبب بل اقتصر هـذا التقنين على حالات متفرقة تناثرت هنا وهناك أبرزها الفضـــالة ، ودفع غير المستحق ، والمصروفات الضرورية والنافعة ، والبناء والغراس فى أرض الغير .

ولما كان عهد الشراح على المتون (L'Ecole de l'Exegèse) هو الذى تلقى التقنين الفرنسى فى أول مراحله ، وكان هؤلاء الشراح يلتزمون النصوص التشريعية ولا ينحرفون عنها ، فقد ترتب على انعدام نص يقرر القاعدة العامة أن مبدأ الإثراء بلا سبب أنكر وجوده إنـكاراً تاماً فى هذه المرحلة الأولى . واقتصر الفقه والقضاء فى فرنسا على تطبيق هذه النصوص المتفرقة فى حالاتها الخاصة ، دون أن يصلا فيما بينها .

٧٤٧ — **المرحلة الثانية (الفضالة الناقصة)** : ثم دخل القانون الفرنسى فى مرحلة ثانية اعترف فيها القضاء بقاعدة الإثراء بلا سبب ، ولـكن على أنها فرع عن الفضـالة الواردة فى النصوص التشريعية ، ضرب من الفضالة الناقصة على النحو الذى قال به بوتييه فيما قدمناه . وبدأت محكمة النقض الفرنسية تقضى بقياس الإثراء بلا سبب على الفضالة ، وتعتبر أن الإثراء بلا سبب فضالة اختل ركن من أركانها ، وبخاصة ركن القصد فى تولى شؤون الغير[1] .

٧٤٨ — **المرحلة الثالثة : الاعتراف بالمبدأ العام منطوياً على قيدين** : ودخل القانون الفرنسى بعد ذلك فى مرحلته الثالثة متأثراً بعاملين : العامل الأول زوال سلطان

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٨ يونيه سنة ١٨٧٢ داللوز ٧٢ — ١ — ٤٧١ . وقد تلى هذا الحـكم حكمان آخران طبقا هما أيضاً دعوى الفضالة فى حالات الإثراء بلا سبب : محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يوليه سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ — ١ — ٤٥٧ ، وفى ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٧ داللوز ١٨ — ١ — ٢٠٤ . وآخر حكم طبقت فيه محكمة النقض الفرنسية نظرية الفضالة الناقصة صدر فى ١٦ يوليه سنة ١٨٩٠ داللوز ٩١ — ١ — ٤٩ مع تعليق لبلانيول . وانظر فى الفقه الفرنسى ديمولومب ٣١ فقرة ٤٩ — لوران ٢٠ فقرة ٣٣٧ — لارومبيير ٥ ص ٦٠١ .

مدرسة الشرح على المتون ، وقد تحرر الفقه والقضاء من ربقة النصوص التشريعية ، وأمكن أن تصاغ المبادىء العامة دون حاجة لأن تستند إلى نصوص . والعامل الثانى أن نظرية الفضالة الناقصة ما لبثت أن ضاقت عن تطبيقات متنوعة لمبدأ الإثراء بلا سبب ، ولم يكن من الممكن إدخال هذه التطبيقات فى حظيرة الفضالة ولو باعتبارها فضالة ناقصة . فكان لا بد إذن من الاعتراف بقاعدة الإثراء بلا سبب مبدأ قائماً بذاته ، مستقلا عن الفضالة كاملة كانت أو ناقصة .

وقاد هذه المرحلة الفقيهان المعروفان أوبرى ورو فى كتابهما المشهور ، فاعتبرا أن قاعدة الإثراء بلا سبب تقوم بذاتها مبدأ مستقلا عن الفضالة كمصدر للالتزام مبنى على قواعد العدالة . وما ورد من نصوص تشريعية فى التقنين الفرنسى ليس إلا تطبيقات متنوعة لهذا المبدأ لم تذكر على سبيل الحصر(١) وما لبثت محكمة النقض الفرنسية فى سنة ١٨٩٢ أن سارت وراء الفقيهين الكبيرين وقضت بقولها(٢) .

---

(١) انظر أوبرى ورو (Aubry et Rau) الطبعة الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦ — ص٢٤٧. وقد أحاط الفقيهان المبدأ ، بعد أن أكدا استقلاله بقيدين وردا فيما ننقله هنا من عبارات الفقيهين ذاتها :

"...il n'est permis de s'enrichir aux dépens d'autrui dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant sans cause légitime enrichi au détriment de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui appartient ou ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat. d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit..., on doit s'attacher non au moment où l'obligation de restitution a pris naissance, mais à celui de l'introduction de l'action de in rem verso..."

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى يونيه سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٥٩٦ . وانتهت هذه المحكمة فى حكمين مشهورين لها (فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ — ١ — ١١ وفى ٢ مارس سنة ١٩١٥ داللوز ١٩٢٠ — ١ — ١٠٢) بأن استعارت بعض الألفاظ التى استعملها الفقيهان أوبرى ورو . فقالت فى حكمها الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤ (سيريه ١٩١٨ — ١ — ٢١١) ما يأتى :

"Attendu que l'action de in rem verso, fondée sur le principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui. doit tre admise dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant, sans cause légitime enrichi aux dépens de celui d'une autre personne, celle-ci ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, cu d'un quasi-délit."

ثم تعاقبت بعد ذلك أحكام محكمة النقض الفرنسية فى هذا المعنى .

ويلاحظ فى هذه المرحلة الثالثة أن قاعدة الإثراء بلا سبب ، إذا كانت قد استقرت قاعدة مستقلة عن الفضالة ، فإنها قد غلت بقيدين : أولهما أن دعوى الإثراء إنما هى دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا أعوزت السبل القانونية الأخرى . بهذا قال الفقيهان أوبرى ورو ، وتبعهما فى ذلك الفقه والقضاء فى فرنسا . والقيد الثانى أن الإثراء يشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . ورد ذلك صراحة فيما قاله أوبرى ورو ، وسبقهما إليه بوتييه فيما نقلناه عنه ، وتبعهم فى ذلك الفقه والقضاء الفرنسيان حتى اليوم .

ولا يزال القانون الفرنسى يعالج الدخول فى مرحلة رابعة يتخلص فيها من هذين القيدين ، ويحرر القاعدة من جميع القيود التى تعطل من إطلاقها وشمولها .

القانون المصرى :

٧٤٩ — التقنين المصرى القديم : لم يرد فى التقنين المدنى القديم نص يقرر القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . ولكن ورد نص غامض ، حائر بين الإثراء بلا سبب والفضالة ، هو نص المادة ١٤٤/٢٠٥ وقد جرى بما يأتى : « من فعل بالقصد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر ، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة » . وورد إلى جانب هذا النص نصوص أخرى متفرقة فى دفع غير المستحق وفى المصروفات الضرورية والنافعة وفى البناء والغراس فى أرض الغير وفى غير ذلك من تطبيقات خاصة لقاعدة الإثراء بلا سبب .

ويبدو أن المشرع المصرى فى التقنين القديم تأثر بما كان العمل يجرى عليه فى القانون الفرنسى وقت صدور التقنين المصرى . فقد صدر التقنين المختلط فى سنة ١٨٧٥ والتقنين الأهلى فى سنة ١٨٨٣ . وهذا هو الوقت الذى كان القانون الفرنسى يجتاز فيه مرحلته الثانية ، وكان يخلط فى هذه المرحلة بين الفضالة والإثراء بلا سبب كما رأينا . والنص

المصرى يحمل أثر هذا الخلط واضحاً . فهو فى صدره يتحدث عن أركان الفضالة ، وفى عجزه يبين أحكام الإثراء بلا سبب ، فيخلط بين الاثنين خلطاً كان سبباً فى اضطراب الفقه والقضاء فى مصر مدة غير قصيرة .

ويجتاز القضاء المصرى مرحلة أولى لا يميز فيها بين الفضالة والإثراء بلا سبب ، فيتكلم عن واحدة وهو يقصد الأخرى[1] .

ثم يدخل مرحلة ثانية يميز فيها بين القاعدتين ، ويبرز قاعدة الإثراء بلا سبب مستقلة عن قاعدة الفضالة ، لها قوام ذاتى وكيان مستقل ، وهو يقتفى فى ذلك أثر القانون الفرنسى فى مرحلته الثالثة على الوجه الذى أسلفناه . وتبدأ هذه المرحلة بحكم تصدره محكمة الاستئناف المختلطة فى سنة ١٨٩٩[2] أى بعد دخول القانون الفرنسى فى مرحلته الثالثة بوقت قصير[3] . ولكن القضاء المصرى ، فى هذه المرحلة الثانية ، يبقى حائراً أمام النص الغامض المضطرب بين الفضالة والإثراء بلا سبب (م ١٤٤/٢٠٥) . وتفسر محكمة الاستئناف المختلطة النص على أنه يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب ، وتكل أحكام

---

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٤ بوريللى م ٢٠٥ رقم ١ — حكماً ثانياً فى ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية المختلطة ١٣ ص ٢٢٤ (راجع ملاحظات على هذا الحكم فى رسالة الدكتور (Maravent) المنشورة فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير — فبراير ص ٣٠) — حكماً ثالثاً فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٨٥ (انظر أيضاً فى هذا الحكم رسالة الدكتور (Maravent) ص ٣١ — ص٣٢) — انظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية فى ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص ١٠٩ — وحكماً ثانياً فى ٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٣٠ ص٢٨١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٦ مارس ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ . وسبق هذا الحكم حكم آخر من المحكمة ذاتها فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ (م ٧ ص ١٢٢) رسم خصائص دعوى الإثراء بلا سبب فى دقة وردها إلى سندها القانونى الصحيح ، أى إلى قواعد العدالة ، ولكن المحكمة سرعان ما عدلت عن هذا الموقف فى حكمها الصادر فى ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ وهو الحكم المشار إليه ، وسنرى بيان ذلك .

(٣) وقد رأينا أن القانون الفرنسى دخل فى مرحلته الثالثة منذ سنة ١٨٩٢ .

الفضالة إلى قواعد العدالة والقانون الطبيعي[١] .

وفي المرحلة الثالثة ، وتبدأ بحكم تصدره محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في سنة ١٩١٧ ، لا تقتصر هذه المحكمة على التمييز بين الفضالة والإثراء بلا سبب ، بل هي ترد كل قاعدة إلى سندها القانوني الصحيح ، فتقصر نص المادة ١٤٤/٢٠٥ على الفضالة ، وتستمد مبدأ الإثراء بلا سبب من قواعد العدالة والقانون الطبيعي ، فتصحح بذلك وضعاً بدأ مقلوباً[٢] .

ويبقى الفقه والقضاء في مصر ، طوال هذه المرحلة الثالثة في ظل التقنين القديم ، يميزان بين القاعدتين ويردان كل قاعدة إلى أصلها . ولكنهما يبقيان كذلك ، متأثرين دائماً بالقانون الفرنسي ، يقيدان من قاعدة الإثراء بلا سبب ، فيقولان مع الفقه والقضاء في فرنسا إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية وإن الإثراء يجب أن يبقى قائماً وقت رفع الدعوى[٣] ، وإن كان جانب من الفقه نفى عن دعوى الإثراء الصفة الاحتياطية كما سنرى .

---

(١) وقد صدر بعد هذا الحكم أحكام كثيرة من محكمة الاستئناف المختلطة تطبق صراحة مبدأ الإثراء بلا سبب : محكمة الاستئناف المختلطة في ١٧ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٥٣ — حكماً ثانياً في ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧ — حكماً ثالثاً في ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠١ حكماً رابعاً في ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٢ — حكماً خامساً في ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٩ — حكماً سادساً في ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٣ — حكماً سابعاً في ٢٢ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ — حكماً ثامناً في ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ ص ٥٣ — حكماً تاسعاً في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

(٢) انظر محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة في ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٩٠ . وقد اضطرت هذه المحكمة بعد أن ردت الفضالة إلى المادة ٢٠٥ من القانون المدني المختلط أن تعدل من أحكام هذا النص في تحديد آثار الفضالة ، حتى تجعل الفضولي يسترد المصروفات الضرورية والنافعة دون أن يقتصر على أدنى القيمتين كما ورد في النص .

(٣) محكمة الاستئناف الأهلية في ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — حكم ثان في ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٧ — حكم ثالث في أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ — حكم رابع في ١٤ يونيه سنة ١٩٣٣ جازيت ٢٤ ص ٣٩٣ . وانظر في الفقه : والتون ٢ ص ١٩٠ — ص ١٩١ — =

وكان لابد من أن يصدر التقنين المدنى الجديد حتى يدخل القانون المصرى فى مرحلته الرابعة التى يحرر فيها قاعدة الإثراء بلا سبب من هذين القيدين الأخيرين المتخلفين عن أعقاب الماضى . وهذه المرحلة الرابعة التى وصل إليها التقنين المدنى الجديد لا يزال القانون الفرنسى ، على ما رأينا ، يرده الإحجام عنها .

٧٥٠ — *التقنين المصرى الجديد* : خطا التقنين المصرى الجديد كما ذكرنا إلى المرحلة الرابعة ، فأبرز قاعدة الإثراء بلا سبب متميزة بالخصائص الآتية :

١ — جعلها قاعدة مستقلة قائمة بذاتها ، كمصدر من مصادر الالتزام .

٢ — صحح الوضع الذى كان مقلوباً ، فجعل الفضالة ودفع غير المستحق تطبيقين لمبدأ الإثراء بلا سبب . فهذا المبدأ هو الأصل ، وهذان التطبيقان هما اللذان يتفرعان عنه . وقد رأينا أن مبدأ الإثراء بلا سبب كان قبلا يتفرع عن الفضالة ، ويسمى بالفضالة الناقصة .

٣ — حرر مبدأ الإثراء بلا سبب مما كان باقياً من قيوده التقليدية ، فنفى عنه الصفة الاحتياطية ونص على أن الإثراء لايشترط فيه أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى .

وبذلك استكمل مبدأ الإثراء بلا سبب فى ظل التقنين الجديد نموه ، وانفسحت أمامه سبل التطور [١] . وسنرى تفصيل كل ذلك فيما يلى .

وليس التقنين الجديد بدعاً فيما استحدث ، فقد سبقه إلى السير فى هذا الطريق كثير من التقنينات الحديثة [٢] .

= ذهنى فقرة ٧٠٥ وما بعدها — الموجز للمؤلف فقرة ٣٩٤ ومع ذلك انظر فقرة ٣٩١ — حشمت أبو ستيت (نظرية الالتزام طبعة ١٩٤٥) فقرة ٥٣٣ (ويقرر فى شىء من التردد أن الإثراء يجب أن يكون موجوداً وقت رفع الدعوى : فقرة ٥٤١) . [وانظر تأييده لحكم القانون الجديد فى طبعة ١٩٥٤ بند ٥٧٩] .

(١) [انظر الدكتور سليمان مرقس — الإثراء على حساب الغير فى تقنينات البلاد العربية ص ٣٩ وما بعدها بند ١٣ — ١٨ حيث استعرض تطور هذا المبدأ فى التقنين المصرى القديم والجديد وأورد أحكام التقنينات العربية الأخرى فى مراكش وتونس ولبنان وسوريا وليبيا والعراق] .

(٢) من ذلك التقنين الألمانى (م ٨١٢) والتقنين السويسرى (م ٦٢ من قانون الالتزامات) والتقنين البولونى (م ١٢٣) والتقنين اللبنانى (م ١٤٠) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٧٣) .

ونستعرض فى فصلين متعاقبين : (أولا) القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . (ثانياً) إبراز تطبيقين لهذه القاعدة : دفع غير المستحق والفضالة(١) .

الفصل الأول

القاعدة العامة : الإثراء بلا سبب (*)

٥٧١ — النصوص : قدمنا أن التقنين المدنى القديم لم يشتمل على نص يورد قاعدة

---

(١) يوجد عدا ذلك فى التقنين الجديد نصوص تشريعية وردت فى حالات خاصة ، ويجب فى هـذه الحالات تطبيق النصوص كما وردت دون تطبيق القواعد العامة لدعوى الإثراء ، فإن هذه النصوص إنما هى دعوى الإثراء ذاتها محورة تحويراً يناسب كل حالة . من ذلك البناء والغراس فى أرض الغـير (م ٩٢٤ — ٩٢٥) ، والبناء والغراس من الشفيع فى العقار المشفوع (م ٩٤٦) والمصروفات الضرورية والنافعة (م ٩٨٠) . كما توجد نصوص هى تطبيقات محضة لمبدأ الإثراء بلا سبب فيطبق هذا المبـدأ كما هو فى الحالات التى وردت فيها هـذه النصوص (من ذلك م ١٤٢ وم ١٦٠ وم ١٨٦ وم ١٩٦ وم ٣٣٣ وم ٦٨٨ فقرة ٣ وم ٨٩٧) .

(*) المراجع : دى هلتس الجزء الثانى — هالتون الجزء الأول — والتون الجزء الثانى — عبدالسلام ذهنى فى الالتزامات — محمد وهيبة فى الالتزامات — الدكتور محمد صالح فى أصول التعهدات — الموجز فى الالتزامات للمؤلف — [محمد كامل مرسى فى المصادر غير العقدية — أحمد حشمت أبو ستيت فى مصادر الالتزام فقرة ٥٦١ — ٥٨٧ — أنور سلطان فقرة ٥٧٠ — ٥٩٥ ، سليمان مرقس المصادر فقرة ٥٣٣ — ٥٥١ — عبدالمنعم فرج الصده فقرة ٥٣٦ — ٥٥٧] — بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع — ديموج الجزء الثالث — أوبرى ورو الجزء التاسع . الرسائل : الدكتور محمود أبو عافية فى التصرف القانونى المجرد — ستويسسكو (Stoïcesco) باريس سنة ١٩٠٤ — بوشيه ليكلير (Bouché-Leclerc) باريس سنة ١٩١٢ — سافاتييه (Savatier) پواتييه سنة ١٩١٦ — لويس لوكاس (Louis Lucas) ديجون سنة ١٩١٨ — مورى (Maury) تولوز سنة ١٩٢٠ — جيرونا (Gerona) باريس سنة ١٩٢٥ (فى القانون الألمانى) — الموزنينو (Almosnino) باريس سنة ١٩٣١ — موزويى (Mosoiu) باريس سنة ١٩٣٢ — بيجيه (Beguet) الجزائر سنة ١٩٤٥ — مارافان (Maravent) الرسالة منشورة فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير — فرانسوا جوريه (Fr. Goré) باريس سنة ١٩٤٩ . المقالات : لوبير (Loubers) المجلة الانتقادية سنة ١٩١٢ — ريبير وتسير (Ripert et Tesseire) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٤ — رينار (Renard) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٠ — رواست (Rouast) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢ — بيكار (Picard) المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٢ . التعليقات : لابيه (Labbé) سيريه ١٨٩٠ — ١ — =

عامة للاثراء بلا سبب ، بل اقتصر على إيراد نص مضطرب فى الفضالة ، ونصوص أكثر عدداً فى دفع غير المستحق ، وإشارات متفرقة إلى مبدأ الإثراء بلا سبب فى مختلف نواحى القانون (١) .

أما التقنين الجديد فقد بدأ بنصوص تقرر القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب ، ثم تناول بعد ذلك صورتين خاصتين لهذا المبدأ هما دفع غير المستحق والفضالة (٢) .

= ٩٧و١٨٩٣ — ١ — ٢٨١ — بلانيول (Planiol) داللوز ١٨٩١ — ١ — ٤٩ — و١٨٩٢ — ١ — ١٦١ — سارى (Sarrut) داللوز ١٨٩٢ — ١ — ١٦١ — فال (Wahl) سيريه ١٩٠٧ — ١ — ٤٦٥ — ناكيه (Naquet) سيريه ١٩١٠ — ١ — ٤٢٥ و١٩١٨ — ١ — ٣١٣ — بوركار (Bourcart) سيريه١٩١١ — ١ — ٣١٣ — رواست (Rouast) داللوز ١٩٢٣ — ٢ — ١٧ .

[انظر أيضاً مطول بيدان ﺟ ٩ مكرر ص ٣٣٥ بند ١٧١٥ وما بعده — بند ١٧٤٠ وما بعده — مارتى ورينو ﺟ ٢ ص٣٠٩ وما بعدها ، وقد تضمن هامش صحيفة ٣٠٩ — وهامش٦ فى صحيفة ٣١٩ بياناً بأهم وأحدث المراجع فى هذا الموضوع — دى باج ﺟ ٢ ص٣١ بند٢٥ والمراجع التى أشار إليها — فرانسوا جوريه فى انسكلوبيدى داللوز الحديثة (مدنى) تحت كلمة « إثراء بلا سبب » — الدكتور صلاح الناهى : الكسب دون سبب والفضالة كمصدرين للالتزام فى القانون العراقى (من مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٨ — ١٩٥٩) — الدكتور سليمان مرقس : محاضرات فى الإثراء على حساب الغير فى تقنينات البلاد العربية ﺟ ١ سنة ١٩٦١ ﺟ ٢ سنة ١٩٦٤ (من مطبوعات معهد الدراسات العربية العالية) وقد أورد فى ص ١٠٧ — ١٠٩ من الجزء الأول بياناً بأهم المراجع وأحدثها] .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أوجز التقنين الحالى (القديم) إيجازاً مخلا فى إيراد الأحكام الخاصة بنظرية الإثراء بلا سبب ، مع مالها من أهمية بالغة . فلم يورد بشأن القاعدة العامة فى الفضالة إلا نصاً واحداً تعوزه الدقة ويسوده الغموض . وإذا كان رد غير المستحق قد شغل من نصوصه حيزاً أرحب فمن الملحوظ أن القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب لم تجد لها ، على النقيض من ذلك ، مكاناً فى هذه النصوص ، اللهم إلا إشارات متناثرة فى مختلف أجزاء التقنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩) .

(٢) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد أيضاً ما يأتى : « وقد بدأ المشروع (التقنين الجديد) بتقرير القاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب ، ثم تناول بعد ذلك صورتيه الغالبتين ، وهما رد غير المستحق والفضالة . وقد عزل المشروع أحكام الالتزام الطبيعى عن القواعد الخاصة برد غير المستحق رغم ما بينهما من تقارب ، وجعل للأولى مكانها بين النصوص المتعلقة بآثار الالتزام نزولا على ما يقتضيه المنطق » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩) .

والنص الجوهرى الذى يقرر القاعدة العامة فى التقنين الجديد هو المادة ١٧٩ ، وقد جرت بما يأتى :

« كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر ، يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد »[1] .

التأصيل القانونى لقاعدة الإثراء بلا سبب[2] :

٧٥٢ — مذاهب مختلفة — استنادها الى الفضالة (الفضالة الناقصة) : كانت المحاولة الأولى لتأصيل قاعدة الإثراء بلا سبب تأصيلا قانونياً هى ربطها بنظرية الفضالة ، لا على أن الثانية فرع عن الأولى كما هو الواقع ، بل على أن الأولى هى التى تشتق من

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — كل شخص ، ولو كان غير مميز ، يثرى دون سبب على حساب شخص آخر . يلتزم بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، على ألا يجاوز فى ذلك القدر الذى أثرى به . ويبقى هذا الالتزام حتى لو زال الإثراء فيما بعد . ٢ — فإذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولا أيضا عن التعويض ، ولكن بقدر ما أثرى » .

لجنة المراجعة : تليت المادة ٢٤٨ من المشروع : واقترح إدخال تعديلات لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها ، فأصبح النص النهائى ما يأتى : « كل شخص ولو غير مميز يثرى دون سبب على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة . ويبقى هذا الالتزام قائماً حتى لو زال الإثراء فيما بعد » . وأصبح رقم المادة ١٨٤ فى المشروع النهائى . مجلس النواب يوافق المجلس على المادة دون تعديل تحت رقم ١٨٤ . لجنة مجلس الشيوخ : تليت المادة ١٨٤ ، فاقترحت إضافة كلمة « مشروع » إلى عبارة « بدون سبب » فوافقت اللجنة على ذلك . وأصبح رقم المادة ١٧٩ . مجلس الشيوخ : وافق المجلس على المادة كما أقرتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٠ — ص ٤٤٣) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٠ (مطابق) — الليبى م ١٨٢ (مطابق) — العراق م ٢٤٠ — ٢٤٣ (موافق) — اللبنانى م ١٤٠ — ١٤٢ (مقارب) .

(٢) [انظر مارتى ورينو ٢ بند ٣٤٨ ص ٣١١ — دى باج ٣ ص ٣٥ بند ٢٨ — بيدان ٩ مكرر ص ٣٠٨ بند ١٧٤٤ وما بعده] .

الثانية . فهى ضرب من الفضالة : فضالة ناقصة ، أو هى امتداد لقواعد الفضالة حيث تختل أركانها . فالفضولى يجب أن يقصد تدبير شؤون رب العمل دون أن يفرض عليه هـذا التدخل . فإذا انعدم هذا القصد ، أو تولى الفضولى شؤون غيره رغم إرادته ، اختل ركن من أركان الفضالة . وترتب على اختلال هذا الركن تعديل بعض الأحكام ، فالمفتقر فى هذه الحالة لا يسترد كالفضولى كل المصروفات الضرورية والنافعة بل يسترد أقل قيمتى إثراء الغير وافتقاره . والقائلون بهذا الرأى هم المتخلفون من أصحاب مدرسة الشرح على المتون ، فقد ظلوا فى حيرة كيف يقيمون قاعدة الإثراء بلا سبب على غير نص تشريعى . ثم تلمسوا فى الفضالة وهى قائمة على نصوص تشريعية سنداً تشريعياً ينسبون إليه القاعدة ، فأعاروها بعض أركان الفضالة وبعض أحكامها وأسموها الفضالة الناقصة .

والقول بأن الإثراء على حساب الغير فضالة ناقصة من شأنه أن يشوه كلا من النظريتين . فهناك فرق جوهرى بينهما إذا جاز معه أن تعتبر الفضالة فى بعض نواحيها تطبيقاً لبعض أحكام الإثراء بلا سبب ، فهو فرق يمتنع معه أن يكون مبدأ الإثراء بلا سبب هو الذى يدخل فى حدود الفضالة . ذلك أن هذا المبدأ نزعته موضوعية لا ذاتية . فلا عبرة فيه بالنية ويكفى أن يفتقر شخص فيثرى شخص آخر على حسابه دون سبب قانونى حتى يرجع المفتقر على المثرى بدعوى الإثراء . أما الفضالة فنزعتها ذاتية إلى حد كبير ، إذ أن أساسها هو قصد الفضولى أن يدبر شؤون رب العمل حيث تدعو الضرورة إلى ذلك . فما لم يوجد هذا القصد فلا فضالة . ومن ثم وجد الفرق فى الحكم : يرجع الفضولى بكل ما صرف جزاء ما قصد إليه ، ويرجع المفتقر بأقل القيمتين إذ هو لم يقصد خدمة المثرى . فالنظريتان مختلفتان إذن فى هذا الأمر الجوهرى . وإذا أريد أن تكون إحداهما تطبيقاً للأخرى ، فالأولى أن تكون نظرية الفضالة — فى الأصل الذى يبنى عليه رجوع الفضولى لا فى مدى هذا الرجوع — هى التطبيق لنظرية الإثراء بلا سبب .

٧٥٣ — استنادها إلى العمل غير المشروع : ومنذ دالت دولة الشراح على المتون ، ولم تعد قاعدة الإثراء بلا سبب فى نظر الفقه تحتاج إلى نص تشريعى تستند إليه ، تحورت القاعدة من ربقة النصوص التشريعية ، ولـكنها بقيت ترسف فى أغلال التبعية . فلا بد أن يسندها الفقه إلى قاعدة قانونية أخرى معروفة تعيش فى ظلها . فأسندت إلى قاعدة العمل غير المشروع ، إما عن طريق المقابلة وإما عن طريق الجمع مابين القاعدتين تحت لواء المسئولية التقصيرية .

فالذين يقابلون مابين قاعدة العمل غير المشروع وقاعدة الإثراء بلا سبب يقولون إن القاعدة فى العمل غير المشروع هى أن كل من أضر الغير بخطئه يلتزم بالتعويض . كذلك القاعدة فى الإثراء بلا سبب هى أن كل من أثرى على حساب الغير دون سبب يلتزم بالتعويض .

والذين يجمعون ما بين القاعدتين تحت فـكرة العمل غير المشروع — وعلى رأسهم بلانيول — يعبرون عن المعنى المتقدم بأسلوب آخر . ويقولون إن الإثراء على حساب الغير هو عمل غير مشروع ، ذلك أن من أثرى على حساب غيره لايجوز له أن يستبقى هذا الإثراء وإلا ارتكب خطأ يكون مسئولا عنه مسئولية تقصيرية .

وعيب هذا الرأى واضح . فإن مصدر التزام المثرى دون سبب هو واقعة الإثراء . وهذه الواقعة لايشترط فيها أن تقترن بخطأ من المثرى ، ولا هى فى ذاتها تعد خطأ من المثرى ، حتى يمكن وصفها بأنها عمل غير مشروع . وغير المشروع إنما هو النتيجة التى أدت إليها الواقعة ، لا الواقعة ذاتها .

٧٥٤ — استنادها الى قاعدة تحمل التبعة : و قد ذهب إلى ذلك الأستاذان ريبير (Ripert) وتيسيير (Teisseire) [1] . فعندهما أن نظرية الإثراء بلا سبب ما هى

---

(١) انظر المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٠٤ ص ٧٢٢ [وانظر أيضاً فى عرض هذه الفكرة مازو ورينو بند ٣٤٨ ص ٣١١ ، دى باج جـ ٣ ص ٣٧ بند ٢٩] .

إلا الوجه الآخر لنظر تحمل التبعة . فهذه النظرية تقرر أن من كان نشاطه مصدراً لغرم تحمل تبعته . ونظرية الإثراء بلا سبب تقرر أن من كان نشاطه مصدراً لغنم جنى فائدته . فالمفتقر قد كان نشاطه — عملا كان أو مالا — مصدراً لنقل قيمة مادية إلى مال المثرى، فوجب أن يسترد هذه القيمة لأنها من خلقه إذ هى نتيجة نشاطه . والغنم المستحدث (le profit créé) ليس إلا الوجه الآخر للغرم المستحدث (le risque créé) .

وهذا الرأى تعوزه الدقة . إذ لو صح لترتب عليه أن كل شخص يثرى من وراء نشاط الغير يرجع عليه الغير بكل ماأثرى ، ليس بأدنى القيمتين فحسب . ولأصبح شرط الافتقار غير ضرورى . وسنرى أن الافتقار والرجوع بأدنى القيمتين هما من الأحكام الأساسية فى قاعدة الإثراء بلا سبب[1] .

٧٥٥ — قاعدة الإثراء بلا سبب لا تستند الى قاعدة أخرى ، بل هى قاعدة مستقلة تقوم بذاتها : والواقع من الأمر أن قاعدة الإثراء بلا سبب هى قاعدة أصلية لاتتفرع عن غيرها . فهى مصدر مستقل من مصادر الالتزام ، وليست ملحقة بالفضالة (بل الفضالة هى التى تلحق بها) ، ولا بالعمل غير المشروع ، ولا بتحمل التبعة . وهى تتصل اتصالا مباشراً بقواعد العدالة ، المصدر الأول لكل القواعد القانونية . أليس العدل يقضى بأن من أثرى على حساب غيره دون حق يجب أن يعوض من افتقر ؟ فلماذا نذهب فى البحث عن سند للقاعدة إلى ماوراء هذا والقانون الرومانى ذاته ، وهو الذى أخذنا عنه القاعدة ، يجعل أساسها العدالة[2] ؟ أليس العمل غير المشروع مصدراً

---

(١) وقد رجع الأستاذ ريبير (Ripert) عن هذا الرأى فى كتابه « القاعدة الأدبية » ، وأسند مبدأ الإثراء بلا سبب رأساً إلى قواعد الأخلاق - [انظر أيضاً : مارتى ورينو جـ ٢ ص ٢١٢ بند ٣٤٨ — واظر فى نقد هذا الرأى : دى باج جـ ٣ ص ٣٣ فقرة ٢٦ (ب)] .

(٢) انظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ — وحكماً ثانياً فى ٢٢ يونيه سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤١ — وحكماً ثالثاً فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ — وحكماً رابعاً فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

للالتزام ؟ فلماذا لا نبحث هنا عن الأساس القانونى للعمل غير المشروع ، ونبحث عنه فى الإثراء بلا سبب ، وكل من القاعدتين مرده العدالة ؟

وإذا سرنا فى تحليل قاعدة الإثراء بلا سبب خطوة أبعد أمكن تأصيلها على الوجه الآتى :

الأصل أن مال الشخص لا ينتقل إلى شخص آخر إلا فى حالتين اثنتين : إذا اتفق الشخصان على ذلك ، أو كان القانون هو الذى قضى بانتقال المال . فإذا انتقل المال فى غير هاتين الحالتين وجبت إعادته إلى صاحبه ، وهذه هى قاعدة الإثراء بلا سبب[١] .

وقد اقتضت هذه القاعدة العادلة ، على وضوحها ، وقتاً طويلا حتى تكسب قواماً مستقلا ويكون لها كيان ذاتى ، لأنها قاعدة بنيت رأساً على العدالة والبداهة ، فلم تصقلها الصنعة القانونية . والقانون لا يهضم من قواعد العدالة إلا ما تدخلت فيه الصياغة ، فحولته من قواعد خلقية أو اجتماعية أو اقتصادية إلى قواعد قانونية يلتزمها الناس فى التعامل . ولذلك وجب أن نسير فى طريق الصياغة إلى مدى أبعد ، وأن نكشف من هذه الناحية عن طبيعة هذا المصدر من مصادر الالتزام وعن مغايرته للمصادر الأخرى .

والواقعة التى ترتب الالتزام فى ذمة المثرى هى واقعة الإثراء على حساب الغير دون سبب . وهى واقعة قانونية (fait juridique) لا عمل قانونى (acte juridique) ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العقد . وهى واقعة مشروعة لأن الإثراء لا يستلزم أن يقترن به خطأ من المثرى كما قدمنا فقد يثرى وهو حسن النية بل قد يثرى دون علمه ، ومن ثم اختلف الإثراء عن العمل غير المشروع .

والإثراء واقعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى دون أن يكون لهذا

---

(١) يقرب من هذا الدكتور أبو عافية فى رسالته « التصرف القانونى المجرد » القاهرة سنة ١٩٤٧ ص ١٩٠ — ص ١٩٢ .

الانتقال سبب قانونى يرتكز عليه كمصدر له . وفى هذا أيضاً نرى أن الإثراء واقعة تختلف عن واقعة العقد وعن واقعة العمل غير المشروع .

فالإثراء بلا سبب يختلف إذن عن العقد وعن العمل غير المشروع من حيث طبيعته ومن حيث ما اشتمل عليه . ومن ثم فهو مصدر للالتزام مستقل قائم بذاته ، لا يستند إلى مصدر آخر ولا يتفرع عنه . وإنما يقوم رأساً على قواعد العدالة والمنطق القانونى ، كما يقوم العقد وكما يقوم العمل غير المشروع .

والتحليل على هذا الوجه يحدد أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ويرسم أحكامها .

أما الأركان فهى أن يكون هناك إثراء فى جانب ، يترتب عليه افتقار فى جانب آخر ، دون أن يقوم سبب قانونى لهذا الإثراء .

وأما الأحكام فتتلخص فى أن المثرى يرد إلى المفتقر ما أثرى به الأول فى حدود ما افتقر به الثانى .

ويبقى أن نعرض إلى تفصيل هذه الأركان والأحكام .

الفرع الأول

أركان الإثراء بلا سبب

٧٥٦ — أركانه ثلاثة : قدمنا أن أركان قاعدة الإثراء بلا سبب ثلاثة : ١) إثراء المدين. ٢) افتقار الدائن المترتب على هذا الإثراء. ٣) انعدام السبب القانونى لهذا الإثراء. هذه هى أركان القاعدة إذا توافرت قامت دعوى الإثراء[١] . وليس من الضرورى بعد ذلك ، كما قدمنا ، أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى .

(١) [انظر مارتى ورينو بند ٣٥٠ — ٣٥٢ ص ٣١٤ وما بعدها — بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٧٥١ ص ٣٦٤ — دى باج جـ ٣ ص ٤٦ — ٤٧ بند ٣٧] .

المبحث الأول

إثراء المدين

(Enrichissement du débiteur)

٧٥٧ — وجوب تحقق الإثراء : أول ركن لقاعدة الإثراء بلا سبب هو أن يتحقق إثراء المدين . ذلك أن مصدر الالتزام الذى يترتب فى ذمته إنما هو هذا الإثراء ، فلا بد من تحققه حتى يقوم الالتزام . أما إذا لم يتحقق الإثراء فلا التزام ، كما لو وفى شخص ديناً عن شخص آخر وتبين أن هذا الدين قد سبق الوفاء به أو أنه لا وجود له . فهنا لم يتحقق الإثراء فى جانب الشخص الآخر ولا رجوع للشخص الأول عليه(١) . وإنما يرجع هذا بما دفع على من دفع له إذا توافرت شروط دفع غير المستحق على ما سنرى . ويمكن القول كذلك إن الصغير إذا اقترض مالا فأضاعه لم يكن مسئولا ، لا بعقد القرض إذا أبطله ، ولا بقاعدة الإثراء بلا سبب إذا ضاع المال فلم يتحقق الإثراء .

والأصل فى الإثراء أن يكون إيجابياً ولـكن يجوز أن يكون سلبياً ، وأن يكون مباشراً ولـكن يجوز أن يكون غير مباشر ، وأن يـكون مادياً ولـكن يجوز أن يكون معنوياً .

الإثراء الإيجابى والإثراء السلبى :

٧٥٨ — الإثراء الإيجابى : يتحقق الإثراء الإيجابى عادة بأن تضاف قيمة مالية إلى ذمة المدين(٢) . ويتم هذا بأن يكسب المدين حقاً ، عينياً كان أو شخصياً ، أو أن يزيد فيما

---

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٧ .

(٢) انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٨٥ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن بناء المسجد من ريع أعيان الوقف الذى خلفه المورث نفاذاً لوصيته لا يعتبر =

يملك من ذلك . فإذا استهلك شخص قدراً من المياه أو النور عن طريق مواسير أو أسلاك خفية كان ما استهلكه قيمة مالية أثرى بها[1] . وإذا أقام الحائز للعقار المرهون بناء فى هذا العقار أثرى الدائن المرتهن من وراء هذا البناء إذ يزيد ضمانه . وإذا قام المستأجر الذى انفسخ عقد إيجاره قبل انقضاء مدته بتحسينات فى العين المؤجرة ، أو قام الراسى عليه المزاد بتحسينات فى العين التى رسا عليه مزادها ثم نزعت العين من يده ، كان فى هذا إثراء لمن تؤول إليه العين .

وقد يتحقق الإثراء الإيجابى لا من طريق إضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين ، بل من طريق منفعة يجنيها أو عمل يستثمره[2] . مثل المنفعة منزل انتفع به شخص دون عقد إيجار[3] . ومثل العمل تصميم قام به مهندس[4] أو لحن ألفه موسيقى وانتفع الغير بهذا أو بذلك دون

= إثراء بالنسبة لوزارة الأوقاف ، إذ لا يمكن اعتبار المسجد ثروة عادت على الوقف إذ هو بناء خارج عن دائرة التعامل : نقض مدنى فى ١٦ من نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض السنة الثانية ص ٤٣ رقم ٨] .

(١) انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠ .

(٢) ولم تخط قاعدة الإثراء بلا سبب هذه الخطوة إلا بعد تطور . فقد كان الفقه فى فرنسا يشترط أن يتحقق الإثراء عن طريق إضافة حق إلى مال المدين (أوبرى ورو ٩ فقرة ٥٧٨ — ديموج ٣ فقرة ١٥٠ — رينار ص ٢٤٨) . ثم تطور فأجاز أن يكون الإثراء ناتجاً عن منفعة أو عمل (بلانيول وريبير وإسمان ٧ ص ٤٨) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا كانت المطالبة بأجر الأرض مؤسسة على أن المدعى عليه شغلها بغير حق وبذلك حرم مالكها المدعى من الانتفاع بها ، وكان واقع الحال أن المدعى عليه قد ادعى أن للمبانى المشغولة بها الأرض حق البقاء والقرار عليها ورفض إزالتها ، ثم حكم بعدم حقه فى ذلك وبوجوب الإزالة ، فإن المدعى يكون بهذا الحكم مستحقاً للتعويض عن فعل المدعى عليه بلا نظر إلى ادعائه عدم انتفاعه بالمبانى بعض الزمن ، لأن المالك لم يتعهد له بهذا الانتفاع ، والأجر الذى يطلبه إنما هو فى مقابل شغل أرضه بلا مسوغ قانونى لا فى مقابل الانتفاع بالمبانى . ولذلك يكون المدعى عليه مسئولا عن أجر الأرض من يوم استحقاقه عليه إلى يوم إزالة المبانى » (محكمة النقض فى ٢ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٠ ص ١٥٧) .

وانظر أيضاً فى الإثراء عن طريق الانتفاع بالعين انتفاعاً مؤقتاً حكم محكمة النقض الفرنسية فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ — ١٨ .

(٤) انظر محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ .

عقد . ومثل العمل أيضاً خطيبة تعمل لخطيبها دون أجر ثم لا يتم الزواج ، وعارف الأنساب يهدى الوارث إلى ميراث كان يجهله دون اتفاق على الأجر ، والسمسار لا تتم الصفقة على يديه ولـكنه هو الذى يجمع بين البائع والمشترى[1] .

٧٥٩ — الإثراء السلبي : وقد يـكون الإثراء سلبياً . ومن صور هذا الإثراء أن يوفى شخص بدين على آخر ، فيثرى هـذا إثراء سلبياً عن طريق النقص فيما عليه من ديون[2] . مثل ذلك المستأجر يقوم بالترميمات الجسيمة وهى واجبة على المؤجر ، والتاجر يحضر للزوجة ما تحتاج إليه من مؤونة ونفقتها واجبة على الزوج ، والمشترى لعقار مرهون يدفع دين الراهن[3] .

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المتجر الذى ينتفع بجهود شخص وبصـلاته التجارية فى الخارج يكون قد أثرى على حسابه (محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص٢٦٥).

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشترى قد دفع إلى أخى البائع مبلغـاً من أصل ثمن المبيع فقام هذا بدفعه إلى صاحب حق امتياز على المبيع وتولى شطب حق الامتياز ، فاعتبرت المحـكمة ذلك عملا من فضولى استفاد منه المشترى والبائع فى محو ما كان مثقلا به العقار المبيع وفى تسوية علاقتهما المالية الناشئة من عقد البيع باحتساب هذا المبلغ ضمن المبالغ المسددة من المشترى إلى البائع ، فليس فى هذا ما يخالف المادة ١٤٤ من القانون المدنى القديم ، إذ لا جدال فى أن البائع قد استفاد من شطب حق الامتياز فيكون ملزماً بقيمته المسددة حتى لا يثرى على حساب المشترى بغير سبب : نقض مدنى فى ٤ من مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ٤٦٥ رقم ١١٨ — وانظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٥٠] .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه « إذا اشترى أشخاص أرضاً ودفعوا ثمنها كاملا للبائع ، ولم يلتزموا فى عقدهم بدفع أى دين على الأرض . ثم اشترى شخص آخر باقى الأرض المملوكة للبائع ، ووجد أنها مرهونة هى والأرض المبيعة لسواه من قبل ، فسدد ما على الأرض كلها من ديون ، كان الذين اشتروا قبـله ملزمين بأن يسددوا للمشترى المذكور ما دفعه عن أرضهم ، لأنه مع التسليم بعـدم التزام هؤلاء المشترين شخصياً بالدفع ، إلا أنهم قد استفادوا فعلا من دفع صاحب الأرض المشتركة مع أرضهم فى ضمان الدين . ولا يجوز أن يستفيدوا هذه الفائدة على حساب غيرهم بدون مقابل ، خصوصاً وأن المشترى لم يكن متطوعاً فى سداد ذلك الدين ، بل كان مجبراً على سداده ليدفع عن أرضه خطر نزع الملـكية ، ولم يكن لديه وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر ما دام أن الدين مضمون برهن غير قابل للتجزئة على أرضه وأرض الباقين . والقول بغير ذلك وبعدم التزام من اشتروا قبلا بدفع ما سدده عنهم المشترى الأخير من الدين المطلوب على أرضهم فيه كل معنى الإثراء على حساب الغير ، لأن الإثراء كما يكون بأخذ مبلغ بلا مقابل يكون أيضاً بتوفير مبلغ واجب الدفع ، لأن هذا التوفير يزيد من طريق غير مباشر فى ثروة الملتزم بالدفع ، فبدلا من أن =

ومن صور الإثراء السلبي كذلك أن يجنب الشخص خسارة كان وقوعها محتما ، فيثرى إثراء سلبياً بقدر ما تجنب من خسارة . مثل ذلك الجار يتلف متاعاً له حتى يطفىء حريقاً شبت فى منزل جاره ، وربان السفينة يلقى ببعض ما تحمل السفينة حتى ينقذ السفينة من الغرق (١) .

= تنقص تبقى كما هى » (محكمة استئناف مصر فى ٢١ أبريل سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٧٥ ص ١٦١).

وقضت محكمة النقض بأن « الكفيل الذى يضمن أحد المدينين المتضامنين يملك قبل من كفله منهم الحق فى المطالبة بجميع ما دفعه عنه عملا بالمادة ٥٠٥ من القانون المدنى (م ٨٠٠ جديد) ، وليس له قبل المدينين الآخرين إلا أحد سبيلين : (الأول) أن يستعمل باسم مكفوله حقه قبلهم فى المطالبة بما يجوز له أن يرجع به عليهم وذلك عملا بالمادة ١٤١ من القانون المدنى (م ٢٣٥ جديد) . (والثانى) أن يرجع عليهم بدعوى الإثراء على حساب الغير عملا بالمادة ١٤٤ (م ١٧٩ جديد) (محكمة النقض فى ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٤ ص ٦١) .

انظر أيضاً فى الإثراء عن طريق سداد دين على المثرى محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٩ جازيت دى باليه ١٩٢٩ — ١ — ٦١٥ — وحكماً آخر فى ٤ يونيه سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٦ — ١ — ١٠٢ .

(١) ومثل ذلك أيضاً — من قضاء محكمة النقض — أن يتقدم ناظر وقف يطلب شراء أطيان بمال البدل المتجمد ، فيتقدم شخص محتسباً يعارض فى إتمام الصفقة ، ويثبت أن الأطيان المراد شراؤها ليست ملكا للبائع بل هى موقوفة ولا يصح التصرف فيها . فيثمر جهده فائدة كبرى لجهة الوقف إذ يقيه ضياع آلاف من الجنيهات كانت على وشك الضياع لو تم الاستبدال الذى عمل على منعه . فالشخص المحتسب هنا قد افتقر بقدر ما تكلفه من مصروفات وأتعاب محاماة للوصول إلى النتيجة التى وصل إليها ، وجهة الوقف قد أثرت على حسابه بقدر ما جنبها من خسارة كانت على وشك تحملها . وتكون مطالبة هذا الشخص المحتسب لجهة الوقف بما تجشمه من مصروفات وأتعاب محاماة هى مطالبة ممن أفاد لمنتفع بما استفاد ، وتكون دعواه هى دعوى الإثراء بغير سبب (محكمة النقض فى ٤ يونيه سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٣ ص ١١٤٥) .

انظر أيضاً فى الاثراء عن طريق تجنيب المثرى خسارة أو التوفير عليه فى مصروف ، محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يناير سنة ١٨٦٦ داللوز ٦٦ — ١ — ٧٥ (إطفاء حريق) — وحكماً آخر فى ٢٣ أبريل سنة ١٩١٢ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٥١٣ . وانظر فى هذا المعنى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٨) — ديموج ٣ فقرة ١٤٩ .

[وراجع حكم محكمة الجيزة الابتدائية الصادر فى دعوى مقامة ضد وزارة التربية والتعليم للمطالبة بتعويض عما لحق أحد موظفيها من أضرار أثناء مدافعته عن الطلبة والأساتذة ضد هجوم بعض الأهالى عليهم فى القطار أثناء قيامهم برحلة مدرسية استناداً لقواعد الاثراء بلا سبب بمقولة إنه لولا التضحية التى قام بها المدعى =

الإثراء المباشر والإثراء غير المباشر :

٧٦٠ — **الإثراء المباشر** : يكون الإثراء مباشراً إذا انتقل ، فى أية صورة من صوره ، مباشرة من المفتقر إلى مال المثرى ، إما بفعل المفتقر وإما بفعل المثرى نفسه . مثل الانتقال بفعل المفتقر من يدفع دين غيره ، والمستأجر يقوم بالترميات الجسيمة فى العين المؤجرة[1] . ومثل الانتقال بفعل المثرى من يستولى على مال لغيره دون حق ، ومن يستهلك المياه والنور من مواسير وأسلاك خفية[2] . وقد يكون الانتقال بقوة قاهرة ، كما يحدث فى طرح البحر ، فيكون الإثراء مباشراً .

٧٦١ — **الإثراء غير المباشر** : ويكون الإثراء غير مباشرة إذا تدخل أجنبى فى

= لأصيب الطلبة والأساتذة بأضرار بليغة ولتكبدت الوزارة مبالغ كبيرة فى تعويض أولياء أمورهم ، بأن وزارة التربية والتعليم لا تسأل عملا بالمادتين ١٧٣ ، ١٧٤ مدنى إلا عن خطأ تابعيها ، أما ما يسببه الغير من ضرر لتابعيها فليس للأخيرين إلا أن يرجعوا بالتعويض على هذا الغير وبالتالى يكون استناد المدعى فى دعواه إلى الإثراء بلا سبب لا سند له من القانون (الجيزة الابتدائية فى ١٨ من مايو سنة ١٩٦٠ المجموعة الرسمية لأحكام المحاكم السنة ٦٠ ص ٣٢١ رقم ٤٣) ويلاحظ على هذا الحكم أنه خلط بين الإثراء بلا سبب ، الذى استند إليه المدعى فى مطالبته ، وبين مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه ، التى استندت المحكمة إلى أحكامها فى القضاء برفض الدعوى] .

(١) أنظر فى أمثلة أخرى من القضاء المصرى محكمة استئناف مصر فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٤٣ (الراسى عليه المزاد أحدث إصلاحات فى العين التى رسا مزادها عليه) — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٠١ وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١٣٥ (المستأجر الذى أبطل إيجاره أو فسخ أحدث إصلاحات فى العين المؤجرة) — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ يناير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٣٩ وفى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ (المهندس الذى قام بعمل مشروعات أو تصميمات) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ وفى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ جازيت ١٧ ص ٤٢ وفى ١٠ يونيه سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٣٧ وفى أول مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٨ (التاجر والمحامى والسمسار يؤدون خدمات دون سابق اتفاق) .

(٢) استئناف مختلط فى ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . انظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٩ نوفبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ١٨ (شخص ينتفع بنقود مملوكة لغيره دون عقد قرض) — استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٣٨ (شخص يسكن عقاراً مملوكا لغيره دون عقد إيجار) .

نقله من مال المفتقر إلى مال المثرى(١) . وقد يقع تدخل الأجنبى عن طريق عمل مادى كربان السفينة يلقى ببعض ماتحمل إلى البحر لإنقاذ الباقى من الغرق ، وكفرقة إطفاء الحريق تتلف متاعاً للغير حتى تتمكن من إطفاء الحريق ، وكالمغتصب يبنى بمواد غيره فى الأرض المغتصبة(٢) . وقد يقع التدخل عن طريق عمل قانونى . مثل ذلك أن يشترى شخص سيارة من آخر ، ثم يدفعها إلى « ميكانيكى » لإصلاحها ، وينفسخ عقد بيع السيارة ، فيرجع الميكانيكى وهو المفتقر بمصروفات الإصلاح على البائع وهو المثرى ، ويكون المشترى هنا هو الأجنبى الذى تدخل بعمل قانونى من نقل الإثراء من المفتقر إلى المثرى ، والعمل القانونى هو عقد المقاولة الذى أبرمه المشترى مع الميكانيكى لإصلاح السيارة(٣) . ومثل ذلك أيضاً مستأجر الأرض الزراعية يشترى سماداً للأرض من تاجر دون أن يدفع ثمنه ، فإذا حجز المالك على زراعة المستأجر التى انتفعت بالسماد جاز للتاجر وهو المفتقر أن يرجع على المالك وهو المثرى بقدر ما عاد به السماد على الزراعة من نفع فى حدود الثمن ، والأجنبى الذى تدخل هنا هو المستأجر ، وتدخله وقع عن طريق عمل قانونى هو شراء السماد(٤) . ومثل ذلك أخيراً أن يعمد مدير شركة إلى استخلاص أسهم

---

(١) [يرى دى باج أن الإثراء غير المباشرة يتصل بانعدام السبب أكثر مما يتصل بتوافر الإثراء : انظر دى باج ج ٣ ص ٤٧ فقرة ٣٧] .

(٢) وقد يكون الأجنبى المتدخل بعمل مادى هو ناظر الوقف يقترض مالا دون إذن القاضى يدخل به تحسينات على العين الموقوفة فيبطل القرض ويرجع المقرض على الوقف بدعوى الإثراء (محكمة الاستئناف المختلطة فى أول مارس سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٥٩) وأنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٢ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٦ وفى ٢١ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١٣٣ وفى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ . وأنظر أيضاً استئناف مختلط فى ٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦١ .

(٣) وللميكانيكى بداهة أن يرجع على المشترى الذى تعاقد معه على إصلاح السيارة بدعوى العقد .

(٤) انظر مارافان (Maravent) فى رسالة المنشورة فى مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٧٢ — [وانظر كذلك مارتى ورينو ج ٢ ص ٣١٥ بند ٣٥٢] — هذا وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأنه « إذا عرض المالك أرضه للتأجير بالمزاد ورسا مزادها على شخص دفع التأمين ، وبعد فوات المدة المسموح فيها بتقديم عطاءات جديدة زرع الأرض ثم أجرها المالك لآخر بناء على شرط فى قائمة المزاد يسمح له بذلك ، كان المالك ملزما بأن يرد إلى من رسا عليه المزاد قيمة ما صرفه فى الزراعة لأنه زرع فى أرضه بحسن نية ولأنه لا يجوز قانوناً الإثراء بلا مقابل . وإذا كان المالك سلم الأرض بما عليها =

لها يرهنها فى قرض يعود بالنفع على شركة أخرى هو أيضاً مديرها ، فترجع الشركة الأولى وهى المفتقرة على الشركة الثانية وهى المثرية بدعوى الإثراء ، والأجنبى الذى تدخل هنا هو المدير الذى اختلس الأسهم ، والعمل القانونى الذى عن طريقه تم التدخل هو عمل من أعمال الإدارة قام به المدير بالنسبة إلى الشركة الثانية فجعلها تنتفع بالقرض الذى حصل عليه برهن الأسهم المختلسة[١] .

الإثراء المادى والإثراء المعنوى :

٧٦٢ — الإثراء المادى : الأصل فى الإثراء أن يكون مادياً . وفيما قدمناه من الأمثلة فى الإثراء الإيجابى والسلبى ، والمباشر وغير المباشر ، مايتبين منه أن الإثراء هو قيمة مالية أو منفعة مادية انتقلت إلى ذمة المثرى .

= من الزراعة إلى مستأجره حق له أن يطالبه بما انتفع به من زرع غيره . أما الراسى عليه المزاد فلا علاقة له بالمستأجر حتى يطالبه بشىء ما » (استئناف أسيوط فى ٢١ يناير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٣٩ ص ٧٢) . هذا ويلاحظ هنا أن الإثراء فى حالة رجوع الراسى عليه المزاد على المالك هو إثراء مباشر ، وفى حالة رجوع المالك على المستأجر هو إثراء غير مباشر ، بتدخل من الراسى عليه المزاد عن طريق أعمال مادية أو أعمال قانونية وفقاً لطبيعة العمل الذى قام به الراسى عليه المزاد لزراعة الأرض .

وكالمستأجر للأرض الزراعية يغرس فيها زرعا المقاول يقيم بناء على أرض مؤجرة تنفيذاً لعقد تم بينه وبين المستأجر ، فيحق للمقاول الرجوع على المالك بدعوى الإثراء ، والإثراء هنا غير مباشر بتدخل من المستأجر عن طريق عمل قانونى هو العقد الذى تم بينه وبين المقاول (انظر محكمة مصر الابتدائية الوطنية فى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ١٨٠ ص ٤٧٠) . ودعوى الإثراء التى تعطى للمقاول فى هذا الفرض هى غير حق الامتياز الذى قرره القانون المدنى الجديد للمقاولين (قارن حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣) — ويلاحظ فى هذه الأمثلة أن المؤجر لم يشترط فى عقد الإيجار أن يكون البناء أو الغراس له عند نهاية الإيجار وإلا لكان لإثرائه سبب هو عقد الإيجار كما سيأتى .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ . أما الفقه فى مصر فكالقضاء يجيز الإثراء غير المباشر (والتون ٢ ص ١٧٤ — ص ١٧٧ — الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٦ — حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٧) — ولا يجيز القانونان الألمانى والسويسرى الإثراء غير المباشر (أنظر رسالة موسيو (Mosion) ص ١٢١ — ص ١٢٣ وص ١٦٠ — ص ١٦٥) . والتقنين المصرى الجديد لم ينحرف عن تقاليده الماضية فهو ، كالتقنين القديم ، يجيز الإثراء غير المباشر (انظر فى هذا الموضوع رسالة مارافان ص ٧١ — ص ٧٤ وبخاصة آخر ص ٧٤) .

٧٦٣ — الإثراء المعنوى : ولكن الإثراء قد يكون معنوياً ، كأن يكون إثراء عقلياً أو أدبياً أو صحياً . فالمدرس وهو يعلم التلميذ يجعله يثرى إثراء عقلياً . والمحامى وهو يحصل على حكم ببراءة المتهم يجعله يثرى إثراء أدبياً . والطبيب وهو يشفى المريض يجعله يثرى إثراء صحياً . فهل يصلح الإثراء المعنوى كالإثراء المادى ركناً لقاعدة الإثراء بلا سبب ؟

ارتطمت هذه القاعدة هنا ، كما ارتطمت فى الإثراء الناتج عن منفعة أو عن عمل وفى الإثراء غير المباشر ، بعقبات ما لبثت أن ذللتها . فقد رأينا كيف أن الفقه فى فرنسا كان يأبى أن يتحقق الإثراء عن طريق منفعة أو عمل ، ثم تطور فأجاز ذلك ، وتحررت قاعدة الإثراء من هذا القيد . ورأينا كيف أن النظرية الرومانية تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر ، ولكن قاعدة الإثراء تحررت من هذا القيد أيضاً فى فرنسا وفى مصر . وهنا كذلك نرى أن القانونين الألمانى والسويسرى يشترطان فى نصوصهما أن يكون الإثراء ذا قيمة مادية (auf dessen kosten) ، ونرى جانباً من الفقه فى فرنسا بهذا الرأى[1] . ولكن قاعدة الإثراء تحررت أيضاً من هذا القيد الثالث . وأصبح جمهور الفقهاء فى مصر[2] وفى فرنسا[3] يقولون بجواز أن يكون الإثراء معنوياً مادام من المستطاع أن يقدر بمال ،

---

(١) رينار (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢٠) ص ٢٤٨ — بنكاز (Bonnecase) ملحق مبسوط بودرى ٣ ص ٣٤٢ . ويلاحظ أن هذا الجانب من الفقه فى فرنسا الذى يقول بهذا الرأى هو الجانب الذى ينظر إلى قاعدة الإثراء بلا سبب نظرة مادية على اعتبار أنها تنظم علاقة ذمة مالية بذمة مالية أخرى ، لا نظرة ذاتية على اعتبار أنها تنظم واجبات الأفراد الأدبية بعضهم ببعض . ومن هذا الرأى الأخير الأستاذ ريبير فى كتابه المعروف « القاعدة الأدبية فى الالتزامات » . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وتجدر الإشارة إلى أن بعض ضروب الإثراء المعنوى يمكن اعتباره ذا قيمة مادية ، كما فى براءة المتهم وفى شفاء المريض .

(٢) والتون ٢ ص ١٨٦ - الموجز للمؤلف فقرة ٣٧٩ ص ٣٨٧ — الدكتور حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٥٣٥ ص ٣٩٠ — مارافان (Maravent) مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ٥٩ — ص ٦١ .

(٣) بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٣٥ ص ٤٩ — رواست (المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة =

سواء فى ذاته أو من ناحية الافتقار الذى يقابله[1] . وبهذا الرأى جرى القضاء فى فرنسا[2] وفى مصر[3] .

= ١٩٢٢) ص ٥٤ — موسيو (Mosiou) ص ١٩٧ وما بعدها — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٦٧ — جوسران ٢ فقرة ٥٦٩ — ديموج ٣ فقرة ١٥٠ ص ٢٤١ — [مارتى ورينو ٢ ص ٣١٤ بند ٣٥٠] .

ويلاحظ أن الإثراء المعنوى فى قاعدة الإثراء بلا سبب عانى من الصعوبات فى الاعتراف به ما عاناه الضرر الأدبى (préjudice moral) فى نظرية المسئولية التقصيرية . على أن الضرر الأدبى قد أصبح الآن معترفاً به إلى حد أبعد من الحد الذى اعترف فيه بالإثراء المعنوى (انظر فى هذا المعنى ديموج ٣ فقرة ١٥٠ ومارافان بمجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ٦٠) . ويقول الأستاذ فرانسوا جوريه فى كتابه فى الإثراء على حساب الغير (باريس ص ٦٢ — ص ٦٣) إن التعويض عن الضرر الأدبى فى المسئولية التقصيرية أوسع مدى من التعويض عن الإثراء المعنوى فى قاعدة الإثراء بلا سبب . ويعلل ذلك بأن التعويض فى المسئولية التقصيرية ليس عديلا (équivalent) عن الخسارة التى لحقت بالمضرور ، بل هو عوض (compensation) عن هذه الخسارة ؛ أما فى الإثراء بلا سبب فالتعويض هو عديل الإثراء لا عوض عنه ، و العديل غير العوض ، إذ الخسارة الأدبية التى لا يمكن تقديرها بمال قد يكون لها عوض ولا يكون لها عديل . فإذا لم يكن الإثراء المعنوى مما يمكن تقديره بمال تعذر أن يكون له عديل ، وإن جاز أن يكون له عوض ، فلا يصح أن يقوم ركناً فى قاعدة الإثراء بلا سبب . ونحن نرى أن التمييز ما بين العديل والعوض فى نظرية الإثراء بلا سبب دون نظرية المسئولية التقصيرية إنما يرجع إلى متخلف من نزعة الاستعصاء المألوفة التى لا تزال نظرية الإثراء بلا سبب تواجهها حتى اليوم .

(١) انظر بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٣ ص ٤٩ — مارافان بمجلة مصر العصرية ص ٦١ .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يوليه سنة ١٨٧٣ داللوز ٧٣ — ١ — ٤٥٧ — وفى ١٣ يونيه سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٥٩٦ — وفى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٠٨ داللوز ١٩١٢ — ١ — ٢١٧ — وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ١ — ١٧٧ — وفى ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ داللوز الأسبوعى ١٩٢٩ ص ١٨١ — محكمة مونبلييه فى ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ — ٢ — ٢١٣ (الأجر عن التدريس فى حالة إعسار والد التلميذ وسنرى فى موضع آخر أن إثراء التلميذ هنا له سبب قانونى) — محكمة إكس فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٨٨ سيريه ٩٠ — ٢ — ٢٥ (تحسين حالة مريض فى مستشفى الأمراض العقلية وكانت قواعد الفضالة هى المنطبقة فى هذه القضية) .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ (الانتفاع بالصلات التجارية وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) — ومع ذلك انظر حكماً لمحكمة طنطا الوطنية فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٣٥ (المحاماة ١٥ رقم ٣٣٢ ص ٤٠٧) تقول فيه : « أما الإثراء الأدبى الذى يستتبع تحسين حالة فرد أو جماعة من ناحية أدبية احتمالية محضة فلا تعطى حقاً فى دعوى الإثراء بلا سبب وإن كان القضاء الفرنسى قد أجاز أخيراً هذه الدعوى للدائن الذى زاد فى ثروة المدين العقلية والخلقية كالمربى » .

المبحث الثاني

افتقار الدائن(١)

(Appaurissement du créancier)

٧٦٤ — الافتقار وعلاقة السببية بالإثراء : الركن الثاني لقاعدة الإثراء بلا سبب هو افتقار الدائن افتقاراً ترتب عليه إثراء المدين . فيجب إذن أن يكون هناك افتقار في جانب الدائن ، وأن تكون هناك علاقة سببية مباشرة مابين افتقار الدائن وإثراء المدين(٢) .

٧٦٥ — وجوب تحقق الافتقار(٣) : فإذا تحقق الإثراء في جانب شخص ، ولم

= ونحن لا نتردد في القول بجواز أن يكون الإثراء معنوياً — وقد استعملنا لفظ « المعنوى » هنا بمعنى واسع فشمل الإثراء الصحى والجسمى ويعتبر هذا من الإثراء عادة إثراء ذا قيمة مادية ، سواء في ظل التقنين المدني القديم أو في ظل التقنين المدني الجديد (أنظر مارافان مجلة مصر العصرية ص ٦١ حاشية رقم ٦) . فلو أن بعثة للآثار وفقت إلى كشوف أثرية تزيح الغموض عن حقائق علمية وتاريخية ، وكان الاتفاق بينها وبين مصلحة الآثار أن يكون لهذه المصلحة ملكية هذه الكشوف ، لجاز في رأينا أن يكون لدائني هذه البعثة الرجوع على مصلحة الآثار بما أثرت به من قيم معنوية — وهنا يمكن تقديرها بالمال — في حدود ما لهم من ديون من ذمة البعثة صرفت في القيام بهذه الكشوف الأثرية .

(١) [مارتي ورينو جـ ٢ بند ٣٥١ ص ٣١٤ — دى باج جـ ٣ بند ٣٨ ص ٤٧ — بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٧٥٢ ص ٦٥ ٣] .

(٢) وقد رأينا أن بعض الفقهاء يذهب إلى أنه يكفي إثراء المدين دون أن يقابل ذلك افتقار في جانب الدائن ، ويقيمون قاعدة الإثراء بلا سبب على المنفعة المستحدثة (profit créé) مقابلين بينها وبين الضرر المستحدث (risque créé) . ولكن هذه النظرية ، كنظرية الضرر المستحدث أو تحمل التبعة ، لم يقيض لها النجاح لا في القضاء ولا في الفقه ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٣) [والمقصود بالافتقار هو نقص مجموع محتويات الذمة المالية أياً كان سبب هذا النقص سواء كان فعل المفتقر أو فعل المثرى أو فعل الغير أو فعل الطبيعة . على أنه إذا حدث الافتقار بفعل إرادى وجب أن لا يكون لهذا الفعل باعث دافع إلى الافتقار دون مقابل ، لأنه لو كان له باعث اعتبر الفعل تبرعاً وكان هذا التبرع سبباً للافتقار ولم يكن الافتقار دون سبب ، ومثل ذلك أن تحتجز جدة أولاد بنتها التي توفيت أثناء دعوى الطلاق المرفوعة عليها من زوجها وبالرغم من صدور حكم للزوج بتسلم أولاده ، فتنفق عليهم مدة =

يقابله افتقار فى جانب الشخص الآخر ، لم يكن هناك مجال لتطبيق قاعدة الإثراء . ذلك أن المثرى لا يلتزم إلا بدفع أدنى القيمتين ، قيمة الإثراء وقيمة الافتقار والمفروض أن الافتقار معدوم فلا يلتزم المثرى إذن بشىء .

ويترتب على ذلك أنه إذا أنشأ شخص حديقة فى منزله يطل عليها منزل الجار ، وجمل هذه الحديقة حتى أصبحت سبباً فى رفع قيمة منزل الجار ، فالجار فى هذه الحالة يكون قد أثرى . ولكن صاحب الحديقة لم يفتقر ، فإنه أنشأ الحديقة لمنفعته وقد جنى هذه المنفعة كاملة ، وما أنفقه فى إنشاء الحديقة وتجميلها قد عاد عليه بالفائدة التى قدرها . فهو قد أخذ المقابل لما أنفقه ، ولم يخسر شيئاً ، فلا يرجع بشىء على جاره[1] .

كذلك إذا استحدث المستأجر ، دون اتفاق مع المالك ، إصلاحات فى العين المؤجرة تزيد فى منفعتها ، واستوفى هذه المنفعة كاملة ، فإنه لا يرجع على المالك بشىء ، وليس له إلا أن ينزع ما استحدثه من الإصلاحات وأن يعيد العين إلى حالتها الأصلية ، بل يجب عليه ذلك إذا طلب المالك[2] .

= من الزمن ، فلا يجوز لها أن ترجع على أبيهم بما أنفقت عن طريق دعوى الإثراء لأنها كانت تستطيع أن تسلم الأولاد إلى أبيهم وتعفى نفسها مما أنفقت ولكن وجد لديها باعث دفعها إلى هذا الإنفاق فيعتبر إنفاقها تبرعاً ويكون هذا التبرع سبباً لافتقارها ، ومتى كان هذا الافتقار ليس دون سبب فإنه لا يخولها دعوى الإثراء : صلاح الدين الناهى ص ٩٨ وجوزيه فى تعليقه على حكم نقض فرنسى مدنى ٦ مايو سنة ١٩٥٣ داللوز ١٩٥٣ قسم القضاء ص ٦٠٩ وسليمان مرقس هامش صفحة ٧٢٧] .

(١) ويقاس على هذا المثل كل حالة ينفق فيها الشخص لجلب منفعة يستوفيها — يقوى جسراً أو يشق ترعة أو يجمل مبنى أو يصقع حياً — فهو قد انتفع بقدر ما أنفق ، وإذا كان غيره قد أفاد من عمله فهو لم تلحقه أية خسارة . ويمكن القول هنا إن الافتقار له سبب هو المنفعة التى حصل عليها . ولكن « سبب » الافتقار غير « سبب » الإثراء ، وسنرى ذلك عند بحث ركن انعدام السبب (أنظر بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٦١) .

ويلاحظ أن بعض المحاكم تعبر خطأ عن المعنى الذى نحن بصدده بانعدام السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار ، فتقول فى شخص يقيم بناء لمصلحته فيستفيد جاره عرضاً من هذا البناء ألا محل هنا للمطالبة بدعوى الإثراء « لأن المنفعة جاءت من طريق غير مباشر » ... ... « والواجب أن يكون بين الاستفادة والضرر رابطة السببية » . (الواسطى فى ١٧ يناير سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٤٧٥ ص ١٠٩٥) .

(٢) وسنرى عند الكلام فى الفضالة أن المستأجر إذا أجرى إصلاحات فى العين المؤجرة لمنفعته الشخصية =

ويتحقق افتقار الدائن على النحو الذى يتحقق به إثراء المدين ، فيكون الافتقار إيجابياً أو سلبياً ، مباشراً أو غير مباشر ، مادياً أو معنوياً .

٧٦٦ — الافتقار الإيجابى والافتقار السلبى : يكون الافتقار إيجابياً إذا فقد المفتقر حقاً ، عينياً كان أو شخصياً ، أو انتقص حق له . ويتحقق هذا عادة بالإنفاق . فإذا أنفق الراسى عليه المزاد لإصلاح العين التى رسا عليه مزادها ثم آلت العين إلى شخص آخر ، أو دفع شخص ديناً فى ذمة غيره ، أو قام مساهم فى شركة برفع دعوى تحمل نفقتها ليسترد من مدير هذه الشركة مالا لها فى يده[1] ، ففى كل هذه الأحوال يكون هناك افتقار إيجابى فى جانب المفتقر .

ويكون الافتقار سلبياً إذا فات المفتقر منفعة كان من حقه أن يحصل عليها . فيفتقر ، لا بقدر ما تحمل من خسارة كما فى الافتقار الإيجابى ، بل بقدر ما فاته من منفعة . مثل ذلك أن يقوم المفتقر دون اتفاق بأداء عمل للغير ، فيفتقر بما فاته من منفعة هى أجر هذا العمل . ومثل ذلك أيضاً أن يسكن شخص منزلا لآخر دون عقد إيجار ، فيفتقر صاحب المنزل بما فاته

= لا يكون فضولياً ولا يستطيع أن يرجع بدعوى الفضالة على المالك ، لأنه لم يقصد بعمله إلا تدبير شؤونه الشخصية لا تدبير شؤون المالك . فالمستأجر فى هذه الحالة لا يرجع على المالك لا بدعوى الفضالة ولا بدعوى الإثراء بلا سبب . وقد قضت محكمة استئناف مصر فى هذا المعنى بما يأتى : «إن محل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضولى هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضولى لحساب المالك لا لحسابه الخاص لغرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً . فمستأجر الأرض الذى يجرى تحسينات فيها ويقيم مبانى ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصى رغم الحظر الصريح عليه فى عقد الإيجار بعدم إجراء شىء من ذلك إلا بأمر المالك ، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات فى العين المؤجرة » . (استئناف مصر فى ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٨ ص ١٧٥ — المحاماة ١٨ رقم ٧٢ ص ١٥٠) . ويبدو أن المحكمة أسست رفض دعوى الإثراء على انعدام السبب القانونى ، وكان الأولى أن تؤسسه على انعدام الافتقار .

(١) محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١١ جازيت ٢ ص ٦٣ — انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ يونيه سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٣٨ — وقارن محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٢١ .

من منفعة هى أجرة منزله . ومثل ذلك أخيراً المهندس صاحب التصميم ، والموسيقى صاحب اللحن ، والعارف بالأنساب الذى هدى الوارث إلى ميراثه ، والسمسار الذى جمع ما بين البائع والمشترى ، كل هؤلاء افتقروا بما فاتهم من منفعة هى أجر عملهم ، فافتقارهم إذن سلبى[١] .

ويلاحظ أن الافتقار السلبى لا يقابله ضرورة إثراء سلبى . فكثيراً ما يحدث أن يقابل الافتقار السلبى إثراء إيجابى ، كما هو الأمر فى الحالات المتقدمة وفى كل حالة أخرى يقدم فيها المفتقر عملا أو منفعة للمثرى ، فإن الإثراء الناتج عن العمل أو المنفعة يكون إثراء إيجابياً ويكون الافتقار المقابل لهذا الإثراء افتقاراً سلبياً كما رأينا . وبالعكس قد يقابل الإثراء السلبى افتقار إيجابى ، فمن يدفع دين غيره يفتقر افتقاراً إيجابياً يقابله إثراء سلبى فى جانب المدين .

٧٦٧ — الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر : وعلى العكس من ذلك الافتقار المباشر والافتقار غير المباشر ، فكل افتقار مباشر يقابله إثراء مباشر ، وكل افتقار غير مباشر يقابله إثراء غير مباشر . ذلك أن القيمة المالية إذا انتقلت مباشرة من مال المفتقر إلى مال المثرى فإن كلا من الإثراء والافتقار يكون مباشراً فى هذه الحالة . وإذا انتقلت القيمة المالية بتدخل أجنبى ، تدخلا مادياً أو تدخلا قانونياً ، فكل من الإثراء والافتقار غير مباشر . وقد مرت بنا الأمثلة على كل ذلك .

٧٦٨ — الافتقار المادى والافتقار المعنوى : وإذا كان الأصل فى الافتقار أن يكون مادياً كما مر بنا فى الأمثلة المتقدمة ، فإنه كالإثراء قد يكون معنوياً . فالشخص الذى نفع متجراً بصلاته التجارية الواسعة لم يفتقر افتقاراً مادياً بل معنوياً[٢] . وهذا هو الشأن فى

---

(١) انظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٤ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٦٥ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

افتقار المهندس الذى يعمل فى مصنع فيعثر على اختراع يفيد منه المصنع[1] .

٧٦٩ — السببية المباشرة بين الافتقار والاثراء : ولا يكفى أن يتحقق الافتقار . بل يجب أيضاً ، كما أسلفنا القول ، أن يكون هذا الافتقار هو السبب المباشر فى إثراء المدين[2] وتقوم السببية المباشرة ما بين الافتقار والإثراء إذا كانت واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل منهما ، كما رأينا فى الأمثلة التى قدمناها فى الصور المختلفة للاثراء والافتقار . فإذا دفع شخص دين غيره ، فإن افتقاره وإثراء المدين لهما سبب مباشر واحد ، هو دفع الدين . وليس من الضرورى أن تكون واقعة واحدة هى السبب المباشر لكل من الإثراء والافتقار ، بل يكفى حتى تقوم هذه السببية المباشرة التثبت من أن إثراء المدين لم يكن ليتحقق لولا افتقار الدائن . وهذه مسألة واقع لا مسألة قانون ، يستخلصها قاضى الموضوع من ظروف القضية ولا معقب عليه فى ذلك[3] .

وعند تعدد أسباب الإثراء يجوز أن نحلل علاقة السببية المباشرة بين الإثراء والافتقار على النحو الذى حللنا به علاقة السببية ما بين الخطأ والضرر فى المسئولية التقصيرية . ويمكن هنا أيضاً المفاضلة بين نظريتى تكافؤ الأسباب (équivalence des causes) والسبب المنتج (cause efficiente) ، والوقوف عند نظرية السبب المنتج للقول بوجود سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء . فإذا تبين أن الافتقار كان هو السبب المنتج للاثراء وجدت العلاقة المباشرة فيما بينهما .

ويترتب على ما قدمناه أن المدينة إذا اتسعت رقعتها وعلت قيمة مبانيها ، فليس من

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ مايو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٣٨ .

(٢) [انظر فى عرض الآراء المختلفة فى فكرة السببية أو التقابل بين الافتقار والإثراء : مارتى ورينو ج ٢ بند ٣٥٢ ص ٣١٥ — دى باج ج ٣ ص ٤٨ بند ٣٩ — بيدان ج ٩ مكرر بند ١٧٥٣ ص ٣٦٦] .

(٣) مارافان مجلة مصر العصرية ص ٩١ — ص ٩٣ — ديموج ٣ فقرة ١٥٦ — أوبرى ورو وبارتان ٩ ص ٣٥٨ — بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٥ .

الضرورى أن تكون هناك سببية مباشرة ما بين اتساع رقعة المدينة وعلو قيمة المبانى . فعلو هذه القمية يرجع لأسباب متعددة قد يكون اتساع رقعة المدينة من بينها ، ولكن هذا السبب لا يكون فى الراجح هو السبب المنتج ، إذ أن المبانى فى كثير من المدن الصغيرة عالية القيمة ، بل يحدث أن يكون صغر المدينة هو السبب فى علو قيمة المبانى(١) . ولكن توسيع شارع قديم أو فتح شارع جديد يكون فى كثير من الأحوال هو السبب المنتج فى علو قيمة الأرض الواقعة على جانبى الشارع(٢) .

---

(١) انظر فى هذا المعنى ديموج ٣ فقرة ١٥٦ ص ٢٥١ .

(٢) ويؤيد ذلك القوانين الخاصة التى تجعل للحكومة الحق فى تقاضى تعويض من ملاك الأراضى على جانبى الشارع الجديد فى مقابل ما ظفروا به من علو قيمة أراضيهم بسبب هذا الشارع الجديد .

هذا وهناك رأى يقضى بأنه إذا كان افتقار الدائن مقترناً بخطأ منه ، فلا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء (كولان وكابيتان وجوليودى لامورانديير ٢ باريس سنة ١٩٤٨ فقرة ٤١١ ص ٢٩٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ باريس سنة ١٩٤٩ فقرة ١٢٦٩ — ذهنى فى نظرية الالتزام فقرة ٧٠٦) . ويستند هذا الرأى إلى حكم صدر من محكمة النقض الفرنسية (١١ يولية سنة ١٨٨٩ داللوز ١٨٨٩ — ١ — ٣٩٣) فى قضية ثبت فيها أن مصرفاً أعطى مديناً قرضاً ليفى بدين عليه مضمون برهن فى الدرجة الأولى ، وأهمل المصرف فى أن يقوم بإجراءات الحلول محل الدائن المرتهن الأول ، وترتب على هذا الإهمال أن الدائن المرتهن فى المرتبة الثانية ارتفع إلى المرتبة الأولى . فرجع المصرف على هذا الدائن بدعوى الإثراء إذ قد استفاد من افتقار المصرف فأصبح فى المرتبة الأولى وجاء المصرف بعده ، فرفضت المحكمة دعوى المصرف ، وبنت حكمها على أن المصرف قد أهمل فى عدم اتخاذ إجراءات الحلول . والرأى الصحيح فى نظرنا أن المصرف ترفض دعواه لا لأنه أهمل فى عدم اتخاذ إجراءات الحلول كما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية ، بل لأن الدائن الذى ارتفع إلى المرتبة الأولى قد أثرى بسبب مشروع إذ استفاد بمقتضى مركز قانونى وضعه فيه القانون ، وسنرى تفصيل ذلك فى الكلام عن سبب الإثراء .

ولا يوجد فى القواعد العامة التى يقوم عليها مبدأ الإثراء بلا سبب ما يؤيد الرأى الذى ننقده . ذلك أنه متى ثبت أن شخصاً افتقر فاغتنى غيره على حسابه دون سبب مشروع ، فإن العدالة تقضى بتعويض المفتقر ، سواء اقترن افتقاره بإهمال منه أو لم يقترن . وإنما وجب التعويض لأن أحد الشخصين اغتنى على حساب الآخر دون سبب مشروع ، وهذا الأساس قائم سواء كان المفتقر مهملا أو غير مهمل .

يؤيد ذلك أن التطبيقات التشريعية لمبدأ الإثراء بلا سبب لم يخل بعضها من أن يكون المفتقر فيها مهملا بل سيء النية . فمن بنى أو غرس فى أرض غيره ولو بسوء نية لم يحرم من التعويض (م ٩٢٤) . كذلك لم يميز المشرع فيمن يتعامل مع ناقص الأهلية بين حسن النية وسيئها فكلاهما يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء فيما إذا طلب ناقص الأهلية إبطال العقد (م ١٤٢) .

(انظر فى هذا الموضوع الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٣ وقد نقلنا عنه ما قدمناه فى هذا الصدد . وانظر الدكتور حشمت أبو ستيت فى نظرية الالتزام فقرة ٥٣٦ فى آخرها) .

المبحث الثالث

انعدام السبب

(Absence de cause)

٧٧٠ — *تجرد الإثراء عن سبب يبرره* : يجب ، حتى تقوم دعوى الإثراء ، أن يتجرد الإثراء عن سبب يبرره . ذلك أن الإثراء إذا كان له سبب فلا محل لاسترداده ، وللمثرى أن يحتفظ به ما دام أن له سبباً يبرر الحصول عليه[1] .

ولكن الفقهاء اختلفوا فى تحديد معنى « السبب »[2] . وكان هذا الاختلاف من أهم العوامل فى تعقيد نظرية الإثراء وفى الغموض الذى أحاط بها حقبة طويلة . ونحن نستعرض فى إيجاز بعضاً من هذه الآراء الفقهية المتعارضة ، ثم نبين معنى «سبب الإثراء» فى التقنين المصرى الجديد .

اختلاف الفقهاء فى تحديد معنى السبب :

٧٧١ — *المعنى الأدبى* : يرى الأستاذ ريبير فى مؤلفه المعروف «القاعدة الأدبية»[3] ، أن المعنى المقصود من السبب هو معنى أدبى . وعنده أن الإثراء يكون له سبب إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى ما أفاد من الإثراء دون أن يرد منه شيئاً للمفتقر . ولذلك نراه يسمى الإثراء بلا سبب « الإثراء غير العادل » (enrichissement injuste) . وهو يترك

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ فقرة ٤٠ ص ٣١٥ — [انظر دى باج جـ ٣ بند ٣٢ ص ٤٠ وبند ٤٠ ص ٤٨ — وانظر بيدان جـ ٩ مكرر حيث يفرق بين سبب الافتقار (بند ١٧٥٤) وسبب الإثراء (بند ١٧٥٥)] .

(٢) [انظر فى بيان النظريات المختلفة فى تحديد معنى السبب : مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٥٣ ص ٣١٦ — ويرى دى باج أن معنى السبب فى نظرية الإثراء بلا سبب هو نفسه معنى السبب فى العقد : دى باج جـ ٣ بند ٢٦ ص ٣١] .

(٣) فقرة ١٤٧ .

للقاضى تقدير ما إذا كان من العدل أن يستبقى المثرى إثراءه فلا يحكم بالرد ، وإلا حكم به . ويذهب الأستاذ بنكاز (Bonnecase) هو أيضاً إلى هذا المعنى الأدبى[١] .

وغنى عن البيان أن ترك قاعدة الإثراء بلا سبب إلى معنى غامض غير محدد ، هو المعنى العام للعدالة ، يجرد القاعدة من كل أسباب الثبات والاستقرار .

٧٧٢ — المعنى الاقتصادى القانونى : وتذهب طائفة أخرى من الفقهاء إلى أن للسبب معنى اقتصادياً قانونياً . فالسبب هو العوض (compensation) عن الإثراء ، وما دام للاثراء عوض فهو لا يسترد . غير أن هؤلاء الفقهاء يختلفون فيما بينهم عندما يحاولون تحديد معنى « العوض » .

فيرى الأستاذ مورى (Maury) أنه هو البديل (équivalent) من الناحية الاقتصادية وهو الحق الأدبى (droit moral) من الناحية الخلقية[٢] .

ويرى الأستاذ رواست (Rouast) أن العوض ينطوى على معنى أعم من معنى البديل ، فهو المقابل (contre-partie) . ويختلف « المقابل » عن « البديل » فى أن للمقابل معنى قانونياً . فأى « مقابل » يصلح قانوناً لأن يكون عوضاً للاثراء يمنع من الاسترداد[٣] .

ويرى الأستاذ ديموج أن العوض هو « النظير » (contre-prestation) الذى يرجح حق المثرى فى استبقاء الإثراء على حق المفتقر فى استرداده[٤] .

---

(١) ملحق مبسوط بودرى ٣ فقرة ١٧٦ وفقرة ١٨٠ وفقرة ١٨١ .

(٢) انظر مؤلفه « بحث فى معنى التعادل فى القانون الفرنسى » (Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en dr. civ. fr.) جزء ٢ ص ٣٥٢ .

(٣) رواست المجلة الفصلية للقانون المدنى سنه ١٩٢٢ ص ٦٠ وما بعدها — انظر أيضاً بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٨ — [دى باج ج ٣ ص ٣٢ بند ٢٦] .

(٤) ديموج ج ٣ فقرة ١٦١ وما بعدها .

وكل هذه المعانى مبهمة كما نرى ، ينقصها التحديد ، ويحوطها الغموض[1] .

(١) انظر بحثاً فى هذه المعانى المتضاربة فى رسالة الدكتور محمود أبو عافيه «التصرف المجرد» القاهرة سنة ١٩٤٧ ص ١٨١ — ١٨٥ (النسخة الفرنسية) .

ونجد فى هذه الرسالة بحثاً فى تحديد معنى السبب فى الإثراء فى القانون الألمانى . ويستخلص من هذا البحث أن القانون الألمانى لا يقف عند معنى واحد للسبب . ففى الأعمال القانونية التى يترتب عليها نقل حق من ذمة إلى أخرى (acte d'attribution patrimoniale) يقوم التصرف على سبب الوفاء (cause solvendi) أو على سبب الدائنية (cause credendi) أو على سبب التبرع (cause donandi) والسبب هنا هو الغرض الشخصى المباشر الذى يقصده المتصرف وهو أقرب ما يكون إلى السبب فى العقد فى النظرية الفرنسية التقليدية فإذا كان التصرف مجرداً (acte abstrait) ولم يكن له سبب من هـذه الأسباب الثلاثة ، فإنه يبقى مع ذلك صحيحاً . لـكن إذا نفذه الدائن جاز للمدين أن يسترد ما دفعـه بدعوى الإثراء بلا سبب . ونرى من ذلك أن معنى « السبب » فى الإثراء هو نفس معنى « السبب » فى العقد . هذا إذا كان الإثراء آتياً من تنفيذ تصرف مجرد . أما إذا أتى الإثراء من عمل إرادى صادر من المثرى (بنى فى أرضـه بأدوات غيره) أو عمل إرادى صادر من أجنبى (بنى فى أرض غيره بأدوات شخص ثالث) أو واقعة طبيعية (طرح البحر) ، فيعتبر أن الإثراء له سبب إذا كان هناك مصدر قانونى يكسبه للمثرى (تقادم أو حسن نية أو انقضاء ميعاد أو قوة الشىء المقضى) . (انظر الرسالة فى نسختها الفرنسية ص ١٤٧ — ص ١٧٩) .

وينعى الدكتور أبو عافية على القانون الألمانى هذا الازدواج فى معنى السبب وما يلقيه فى نظرية الإثراء بلا سبب من اضطراب وتعقيد ، فيقول : « تلك هى النظرية الأساسية فى الإثراء بلا سبب أوجزنا حدودها فيما تقدم . وهى كما ترى لها خاصية بارزة ، هى أنها تأخذ السبب القانونى للإثراء على معنيين . فإذا كان مصدر الإثراء تصرفاً قانونياً (إضافة إلى الذمة) أخذته على معنى الغرض الشخصى (Ziveck) الذى يقصده المفتقر . أما إذا كان الإثراء واقعة قانونية أخذته على معنى السبب المنشىء (Rechtsgrund) ومراجعة إرادة القانون . ولا غرابة إذن فى أن يسلم الفقه الألمانى باستحالة وضع صيغة واحدة لفـكرة السبب فى الإثراء تغطى جميع الفروض . فـكيف يمـكن إعطاء صيغة واحدة لفـكرة لها معنيان ، أحدهما يربطها بإرادة الأفراد والآخر يربطها بإرادة القانون ؟ هذه الصيغة المزدوجة — رغم إجماع الفقه الألمانى عليها — تبدو لنا مفكـكة متناثرة الأجزاء . فالغرض الشخصى ومرجعه الإرادة الخاصة والسبب المنشىء ومرجعه إرادة القانون هما فـكرتان تناقض إحداهما الأخرى بحيث لا نستسيغ جمعهما تحت عنوان واحد هو « السبب فى الإثراء » ... إن العيب فى هذه النظرية يرجع — بصفة خاصة — إلى الطريقة الفنية التى اتبعها الفقه الألمانى لحل مشـكلة السبب فى الإثراء . فقد رأينا هذا الفقه يبدأ بالسؤال الآتى : متى يكون الإثراء بلا سبب ؟ وبعد أن يرفض الإجابة عليه بصيغة عامة يأخذ فى معالجة مختلف فروض الإثراء بلا سبب كما هى معروفة فى القانون الرومانى . وكل ما يمـكن أن يقال لصالح هذه الطريقة هو ما فيها من يسر جاء من كونها تقليدية موروثة وسائدة فى ألمانيا منذ دخول القانون الرومانى فيها إلى يومنا هذا . ولـكنها طريقة تنطوى على عيب خطير هو إغفال المسألة الأساسية فى مادة الإثراء ، وهى إيجاد صيغة عامة لعنصر السبب تشمل جميع الأحوال دون أن تتغير طبيعة هذا العنصر بتغير الفروض . ونحن لا نصدر فى ذلك عن مجرد التمسك بالاعتبارات المنطقية وإن كان فيها ما يبرر البحث عن صيغة واحدة لإيضاح العلاقات القانونية ، ولـكننا فضلا عن ذلك نرى =

معنى السبب فى التقنين المصرى الجديد :

٧٧٣ — السبب هو المصدر القانونى المكسب للإثراء : والقانون المصرى الجديد قاطع فى تحديد معنى السبب . فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مايستخلص منه فى وضوح أن السبب هو المصدر القانونى الذى يكسب المثرى الإثراء فيجعل له الحق فى استبقائه(١) .

فالسبب إذن له معنى قانونى بحت ، فلا يمت لاعتبارات أدبية كما يقول ريبير ولا لاعتبارات اقتصادية كما يرى مورى . وهذا المعنى هو أن يكون للمثرى حق قانونى فى كسب الإثراء الذى حصل عليه . والحق هذا لايعدو مصدره أن يكون أحد المصدرين اللذين تتولد منهما كل الحقوق : العقد أو القانون .

والأولى أن نقف عند هذا المعنى المحدد المنضبط ، فتكسب نظرية الإثراء بلا سبب من وراء ذلك ثباتاً وصلابة ، وتزداد إحكاماً ودقة ، وينزاح عنها هذا الجو من الغموض والتحكم الذى كان يسودها فى الماضى . وإذا كان التقنين المصرى الجديد قد آثر هذا المعنى المحدد ، فذلك لأنه هو المعنى الذى يقول به الفقه فى مصر(٢) ، وكثير من الفقهاء فى

= أنه مادمنا لم نصل إلى تلك الصيغة فإن مبدأ الإثراء نفسه يظل قاصراً مقلقلا . فتحديد طبيعة السبب فى الإثراء هو الأساس الذى تبنى عليه نظرية الإثراء وترسم حدود تطبيقها » (رسالة الدكتور أبو عافية فى نسختها العربية ص ١٨٢ — ص ١٨٣ — أنظر أيضاً ص ١٩٢ — ص ١٩٦) .

(١) ورد فى هذه المذكرة ما يأتى : « والشرط الثالث ألا يكون للأثراء الحادث أو الافتقار المترتب عليه سبب قانونى يبررهما ، فلا يجوز للواهب مثلا أن يرجع على الموهوب له بدعوى الإثراء بلا سبب ، لأن بين العاقدين تصرفاً قانونياً هو عقد التبرع يبرر افتقار أحدهما وإثراء الآخر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤١) .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٧ — فقرة ٣٨٩ — الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٨ — مارافان (مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩) ص ١٠٢ — ص ١٠٤ — الدكتور شفيق شحاته (جريدة المحاكم المختلطة عدد ٣٣٨١ — ٨ و ٩ نوفبر سنة ١٩٤٤) — الدكتور محمود أبو عافية فى رسالته « التصرف القانونى المجرد » (نسخة فرنسية ص ١٨٥ — ١٨٩) — قارن والتون ٢ ص ١٨٨ — ص ١٩٠ .

فرنسا(١) ، وهو المعنى الذى جرى به حكم القضاء فى البلدين(٢) .

ويبقى أن نستعرض « السبب » بهذا المعنى فى كل من مصدريه ، عقداً كان المصدر أو حكما من أحكام القانون(٣) .

٧٧٤ — **السبب فى الإثراء عقد** : قد يكون السبب الذى كسب المثرى به الإثراء هو العقد فيمتنع الرد(٤) . ويغلب أن يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً ما بين المثرى والمفتقر(٥) . فالطبيب إذا تعاقد مع المريض منعه العقد من الرجوع بدعوى الإثراء .

---

(١) مبسوط بودرى ١٥ فقرة ٢٨٤٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٧٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٤١٣ — (ويقتصران على العقد سبباً للاثراء) — جوسران ٢ فقرة ٥٧٢ — فيرنيو (Vergniaud) رسالة من باريس ١٩١٦ ص ٢١٦ — بوديشتيانو (Budishteano) رسالة من باريس ١٩٢٠ ص ١٠٦ — موسيو (Mosiou) رسالة من باريس ص ٢٣٦ .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ٩ مايو سنة ١٨٥٣ داللوز ٥٣ — ١ — ٢٥١ — وفى ١٨ أكتوبر سنة ١٨٩٨ داللوز ٩٩ — ١ — ١٠٥ — وفى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ٢٣ — ١ — ٦٤ — وفى ١٢ نوفبر سنة ١٩٢٤ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢٩ — وفى ١١ فبراير سنة ١٩٣١ داللوز ١٩٣١ — ١ — ١٢٩ — وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩ داللوز ١٩٤٠ — ١ — ١ — وفى ٢١ فبراير سنة ١٩٤٤ داللوز الأسبوعى ١٩٤٤ ص ٥٨ — وفى ١٧ مايو سنة ١٩٤٤ جازيت دى باليه ١٩٤٤ — ٢ — ٧١ . أما القضاء المصرى فسنعرض له تفصيلا فيما يلى .

(٣) [يرى ديباج أن سبب الإثراء قد يكون إرادة المشرع (القانون) — أو إرادة الطرفين معا (العقد) — أو إرادة المفتقر ونية التبرع أو المضاربة أو السعى لتحقيق نفع شخصى . انظر ديباج جـ ٣ بند ٤٠ ص ٤٩ — ٥٣] .

(٤) محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٦ مايو سنة ١٩٢٦ جازيت ١٦ رقم ٢٥٥ ص ٢٥٦ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه متى تبين أن الاتفاق المعقود بين المنتفع والشركة التى كان ممنوحاً لها التزام الكهرباء بالقاهرة مقتضاه أن يساهم المنتفع فى تكاليف تركيب الوصلة الكهربائية إلى مصنعه بمبلغ معين وقد التزمت الشركة المستغلة بإجراء رد عائد مقدر على ما يستهلكه المنتفع سنوياً وأن هذا الرد يظل ما دامت هذه الشركة قائمة بتوريد التيار الكهربائى وعلى ألا يتجاوز مجموع العائد المرتد قيمة ما ساهم به المنتفع فى تكاليف تركيب الوصلة الكهربائية ، فإن مفاد ذلك أن ما تعهدت الشركة المستغلة برده مما ساهم به المنتفع فى التكاليف لا يمكن أن يتجاوز مجموع العائد المرتد طول مدة قيام الشركة المستغلة =

والمقاول إذا تعاقد مع العميل بأجر إجمالى منعه العقد من المطالبة بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى التصميم تعديل أو إضافة[١] (م ٦٥٨) . وما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق رب العمل إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الإبداع أو إذا كان رب العمل قد اشترط فى العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات (م ٦٨٨ فقرة ٢) ، وعقد العمل هو الذى يمنع العامل من الرجوع على رب العمل[٢] . وإذا اشترط المؤجر أن يتملك عند نهاية الإيجار التحسينات التى يدخلها المستأجر فى العين المؤجرة امتنع على المستأجر الرجوع على المؤجر بتعويض عن هذه التحسينات لأن عقد الإيجار هنا سبب قانونى يمنع من هذا الرجوع[٣] . وإذا أمن شخص على منزله من الحريق واحترق المنزل ، فأعادت شركة

= أو ما ساهم به المنتفع أيهما أقل ويعتبر كل ما دفع استناداً إلى هذا العقد مدفوعاً بسبب صحيح ولا يعتبر إثراء بلا سبب قانونى لأن العقد قانون المتعاقدين وواجب الاحترام بينهما : نقض مدنى فى ٣٠ من مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ٥٤٦ رقم ٥٩] .

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت ١٧ رقم ٤٢ ص ٥٣ — وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٥٣ (قارن مارافان ص ١٠٥ وهو يجعل السبب هنا القانون لا العقد) .

(٢) وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٦٥٨ ذاتها على أنه « إذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية ، جاز للعامل فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة . ويراعى فى تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها رب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشآته » . ونرى فى هذا الفرض الخاص أن عقد العمل لا يكفى سبباً لجميع ما عاد على رب العمل من الإثراء . وأن بعضاً من هذا الإثراء يبقى دون سبب وهو الذى يرجع به العامل على رب العمل .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا اشترط فى عقد الإيجار أن جميع التحسينات والإنشاءات التى يجريها المستأجر فى العين المؤجرة تكون للمؤجر عند نهاية الإيجار ، فلا يجوز للمستأجر أن يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر من أجل بئر ارتوازى أحدثه ضمن المنشآت التى أقامها وركب عليه آلة رافعة فأصبح كل ذلك عقاراً بالتخصيص . ومع ذلك إذا كان من الثابت أن إحداث البئر الارتوازى لم يكن وارداً فى عقد الإيجار ، وأن الماء الآتى من هذا البئر ساعد كثيراً على تحسين الأرض ، كان من العدل أن تقع مقاصة بين ما فى ذمة المستأجر للمؤجر بسبب عدم تحسينه جزءاً من الأرض المؤجرة وما فى ذمة المؤجر للمستأجر بسبب مبادأته الموفقة بإنشاء البئر الارتوازى (استئناف مختلط فى ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ =

التأمين بناءه تنفيذاً لعقد التأمين ، كان إثراء المؤمن بقيمة الفرق بين المنزل بعد أن أعيد بناؤه وقيمته فى حالته الأصلية سببه عقد التأمين فلا ترجع شركة التأمين عليه بدعوى الإثراء[1] . وإذا أحسن الوكيل الإدارة حتى زاد الريع زيادة كبيرة فلا رجوع له على الموكل بدعوى الإثراء لأن عقد الوكالة يمنع من ذلك[2] . ولا يجوز للبائع أن يرجع على المشترى بدعوى الإثراء لمطالبته بباقى ثمن المبيع لأن عقد البيع هو مناط تحديد حقوق كل من المتعاقدين[3] .

= م ٣٤ ص ٢٥٨) . وظاهر أن محكمة الاستئناف لم تجعل عقد الايجار سبباً يشمل الإثراء الآتى من البئر الارتوازى لأنه لم يكن وارداً فى العقد ، واعتبرت هذا الإثراء دون سبب ، وقاصته فى دين على المستأجر نشأ من عدم تحسينه لجزء من الأرض المؤجرة .

[وقضت محكمة النقض بأنه لا محل للرجوع بما أنفق من مصروفات على إصلاح البور وإحيـاء الموات بالعين المؤجرة استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب ، ما دام هناك عقد يحكم علاقة الطرفين إذ أن للاثراء والافتقار سبباً مشروعاً هو عقد الايجار القائم بين الطرفين ولأن هذه المصروفات التى أنفقها المستأجر قد أفاد منها طول مدة استغلاله التى امتدت زهاء عشر سنوات فينعدم بذلك قانوناً شرط افتقار المدعى الذى هو شرط جوهرى لدعوى الرجوع : نقض مدنى فى ٧ من يونية سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ ص ٦٧٢ رقم ٩٤] .

وسنرى عند الكلام فى الفضالة أن المستأجر الذى يستحدث إصلاحات فى العين لمنفعته الشخصية لا يعتبر فضولياً .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٨٨ . وانظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ يولية سنة ١٩٠٣ داللوز ١٩٠٤ — ١ — ١٨١ .

(٢) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٧ يونية سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١٥ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه « حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيـام لدعوى الإثراء بلا سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام العقد هى مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر . فإذا كان الثابت بالحكم أن البائع طالب المشترى منه بباقى الثمن المقسط على خمسة أقساط ، ثم عدل طلباته إلى طلب الحكم له بباقى القسطين الأولين ، موصوفاً هذا الباقى خطأً بأنه باقى الثمن ، وقضى له بذلك ، ثم أراد أن يطالب بالأقساط الثلاثة الباقية ، ولتصور أنه قد سد فى وجهه طلبها باعتبارها باقية من ثمن المبيع ، أقام دعواه بالمطالبة بها على نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ، ومحكمة الموضوع حكمت ، بعد استعراض وقائع الدعوى ، بأنه لا محل للاستناد إلى هذه النظرية ، وبأن حق البائع فى المطالبة بالأقساط الباقية القائم على أساس الشراء لا يزال بابه مفتوحاً أمامه ، فإن قضاءها بذلك سليم لا مطعن عليه » (نقض فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٤ ص ١٠٧) . =

وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً بين المثرى والغير دون أن يكون المفتقر طرفاً فيه . ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للاثراء يمنع المفتقر من الرجوع على المثرى . مثل ذلك مستأجر يستحدث تحسينات فى العين المؤجرة ، ويتركها للمؤجر عند نهاية الإيجار طبقاً للعقد ، فيكون عقد الإيجار هذا مانعاً من الرجوع على المؤجر ، لا من المستأجر فحسب وقد رأينا هذا فى مثل متقدم ، بل أيضاً من الدائن الذى عجل للمستأجر نفقات هذه التحسينات أو من المقاول الذى قام بها دون أن يقبض أجر عمله ، مع أن الدائن والمقاول لم يكونا طرفاً فى عقد الإيجار وهو السبب القانونى لإثراء المؤجر بقيمة هذه التحسينات على حساب الدائن أو المقاول . والمثرى فى هذا المثل هو المؤجر ، والمفتقر هو الدائن أو المقاول ، وسبب الإثراء هو عقد الإيجار الذى أبرم بين المثرى (وهو المؤجر) وشخص آخر غير المفتقر (وهو المستأجر)[1] — ومثل ذلك أيضاً شخص يثرى على حساب آخر،

=[كما قضت محكمة النقض بأن مطالبة البائعين المشترى بثمار المبيع — عن الفترة الواقعة ما بين تحرير العقد الابتدائى واستلام المبيع وبين سداد باقى الثمن وتحرير عقد البيع النهائى — استناداً إلى قاعدة الإثراء بلا سبب ، غير صحيح فى القانون ذلك أن الحق فى هذه الثمار هو من آثار عقد البيع وهى للمشترى من وقت تمام البيع فلا يعتبر حصوله عليها إثراء بلا سبب : نقض مدنى فى ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١١٥٩ رقم ١٨٤] .

هذا وقد قضت محكمة النقض بأنه « متى كان هناك عقد يحكم علاقات الطرفين فلا محل لتطبيق قاعدة الإثراء على حساب الغير ، فإن هذه القاعدة هى مصدر لاتعاقدى للالتزام فلا يكون لها محل حيث يوجد التعاقد . فاذا كان المستأجر قد التزم فى عقد الإيجار بأجرة رى الأرض ، وتعهد بأن يدفع الأموال الأميرية على أن تخصم له من أجرة الأطيان ، ثم دفع للصراف على ذمة الأموال مبالغ تزيد على قيمة المستحق منها على الأطيان المؤجرة ، فخصمت له الحكومة الزيادة من أجرة الرى الملتزم هو بها ، ثم خصمتها المحكمة من أجرة الأطيان على أساس أن دفعها إنما كان على ذمة الأموال ، وحفظت للمؤجر أن يرجع بها على المستأجر بدعوى الإثراء على حساب الغير ، فإنها تكون قد أخطأت » (نقض فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٧ ص ٤٣٩) وكان الواجب ألا تخصم محكمة الموضوع من أجرة الأطيان ما دفعه المستأجر من الزيادة على الأموال المستحقة ، لأن هذه الزيادة لم يثر بها المؤجر إذ أن الحكومة خصمتها من أجرة الرى وهذه دين شخصى فى ذمة المستأجر ، فلا يرجع المستأجر بهذه الزيادة على المؤجر ، لا لأن هناك سبباً للاثراء يمنع من الرجوع ، بل لأن الإثراء ذاته غير موجود . ومتى امتنع رجوع المستأجر على المؤجر بالزيادة لم يصبح هناك محل لرجوع المؤجر على المستأجر بدعوى الإثراء أو بغيرها من الدعاوى — هذا هو فى نظرنا الوضع القانونى الصحيح للقضية التى نحن بصددها .

(١) وقد قدمنا عند الكلام فى الإثراء غير المباشر أنه إذا لم يكن فى عقد الإيجار شرط يجعل التحسينات =

ويهب ما أثرى به إلى شخص ثالث ، فلا يستطيع المفتقر فى هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على الموهوب له ، لأن هذا قد أثرى بسبب قانونى وهو عقد الهبة ، وإن لم يكن المفتقر طرفاً فى هذا العقد[1].

= من حق المؤجر عند نهاية الإيجار ، فلا يصلح عقد الإيجار لأن يكون سببا لإثراء المؤجر ، ويجوز للدائن والمقاول فى هـذه الحالة الرجوع على المؤجر بدعوى الإثراء (قارن كولان وكابيتـان ٢ فقرة ٤١٣ ص ٣٠٠ — ص ٣٠١ — الأستاذ حشمت أبوستيت فقرة ٥٣٧ — وانظر بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٥٩) — [مارتى ورينو جـ ٢ ص ٣١٧ بند ٣٥٣] .

(١) وهذه حالة تلفت النظر ، فقد يكون الواهب معسراً فلا يستطيع المفتقر أن يحصل منه على حقه ، فإذا أراد الرجوع على الموهوب له لم يجز له ذلك لما قدمناه . والذى يلفت النظر هو أننا قدمنا هنا جلب المنفعة على درء الضرر ، إذ الموهوب له ، يستبقى منفعة جلبها ، يفضل على المفتقر ، وهو يسعى لدرء الضرر عن نفسه . ومن أجل ذلك اشتمل المشروع التمهيدى على نص خاص فى هذه المسألة (هو الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من هذا المشروع) وقد جرى على الوجه الآتى : « فإذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولا أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى » . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى صدد هذا النص ما يأتى : « فإذا تصرف المثرى بعوض فيما أثرى به ، فليس لمن افتقر حق الرجوع على من صدر له التصرف ، لأن هذا الأخير قد أثرى بمقتضى سبب قانونى هو التصرف نفسه . أما إذا كان التصرف على النقيض من ذلك بغير مقابل ، فالأصل أن ينحصر حق الرجوع فى المثرى ما دام من صدر له التبرع قد أثرى بسبب قانونى هو عقد التبرع . بيد أن المشروع قد أثبت للمفتقر حق الرجوع على من صدر له التبرع بمقدار ما أثرى ، مقدما بذلك درء الضرر على جلب المنفعة ، ويكون للمفتقر فى هـذا الفرض أن يرجع على المثرى أو على من صدر له التبرع ، وفقاً لمصلحته فى ذلك . فإذا كان مبلغ ما أصابه من خسارة ١٠٠٠ جنيه وبلغت قيمة الإثراء بالنسبة للمثرى ٨٠٠ جنيه ، وبالنسبة لمن صدر له التبرع ٩٠٠ جنيه ، فمن مصلحة المفتقر أن يرجع على من صدر له التبرع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٢) — ومما يؤسف له أن هذا الحل العادل خلا منه المشروع عند خروجه من لجنة المراجعة ، فقد حذفت هذه اللجنة النص المشار إليه بدعوى أنه غير ضرورى . وهذا ما ورد فى الأعمال التحضيرية فى هذا الصدد : « المشروع فى لجنة المراجعة : تليت المادة ٢٤٨ من المشروع واقترح إدخال تعديلات لفظية وحذف الفقرة الثانية لعدم ضرورتها » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٣ وقد سبق ذكر ذلك) . وأقر البرلمان المشروع خالياً من هذا النص .

أنظر فى مثل آخر لعقد مبرم ما بين المثرى والغير يكون سببا للاثراء محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٧ (شخص سرقت منه سندات ، وتعاقد اللص مع شخص آخر للحصول على مبلغ من المال فى نظير هذه السندات . فلا يجوز لصاحب السندات أن يرجع بدعوى الإثراء على هذا الشخص الآخر لأن العقد المبرم بين هذا الأخير — وهو المثرى — وبين اللص — وهو غير المفتقر — يعتبر سببا للاثراء . هذا مالم يكن الشخص الآخر الذى تعاقد مع اللص سيء النية) .

وقد يكون العقد الذى هو سبب الإثراء مبرماً بين المفتقر والغير دون أن يكون المثرى طرفاً فيه ، ويقوم العقد مع ذلك سبباً قانونياً للاثراء . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع وكيل ولكن لا باعتبار أنه وكيل بل باسمه الشخصى ، فلا يجوز له الرجوع على الموكل بدعوى الإثراء ، لأن هناك عقداً أبرم بينه (وهو المفتقر) وبين الوكيل (وهو غير المثرى)[1] . ومثل ذلك أيضاً أن يتعاقد شخص مع أحد الشركاء فى شركة محاصة ، فلا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء على أحد من الشركاء الآخرين ، لأن الشريك فى شركة المحاصة يتعاقد باسمه الشخصى لا باسم الشركة ولا باسم أحد من بقية الشركاء ، فيكون العقد الذى أبرم مع الشريك مانعاً من رجوع المتعاقد الآخر على بقية الشركاء الذين أثروا من وراء هذا العقد ، وذلك بالرغم من أن العقد أبرمه المفتقر مع غيرهم[2] .

٧٧٥ — السبب فى الإثراء حكم من أحكام القانون : وقد يكون سبب الإثراء ليس عقداً بل حكما من أحكام القانون يصلح أن يكون مصدراً لكسب الإثراء ، فيكون قيام هذا السبب مانعاً للمفتقر من الرجوع على المثرى بدعوى الإثراء ، لأن المثرى يكون قد أثرى بسبب قانونى . مثل ذلك العمل غير المشروع يكون سبباً قانونياً يمنع من الرجوع بدعوى الإثراء ، فلا يلتزم من أخذ تعويضاً عن ضرر أصابه برد هذا التعويض ، لأنه قد كسبه بسبب قانونى هو العمل غير المشروع ، ومثل ذلك التقادم يمنع من استرداد الإثراء ، فإذا أقر ناظر الوقف بدين على الوقف كان إقراره باطلا ، فإذا رجع الدائن بدعوى الإثراء فيما يتعلق بفوائد الدين فلا يرجع بها إلا فيما لم يسقط منها بخمس سنين ، وما سقط بهذه المدة يمنع التقادم من استرداده[3] . كذلك قوة الشىء المقضى يعتبر

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ١١٢ .

(٢) انظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٦٨ . ومع ذلك أنظر حكماً منها بغير هذا المعنى فى ١٩ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٥٧ .

(٣) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٦ أبريل سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ١٤٢ .

سبباً مانعاً من دعوى الإثراء ، فإذا استبعد أحد دائنى التفليسة بحكم حاز قوة الشيء المقضى لأنه لم يتقدم فى الميعاد ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على السنديك ولا على أحد من سائر الدائنين[١] . وإذا لحقت بالموظف إصابة جعلته يستحق معاشاً قبل أن يبلغ السن القانونية ، فلا يجوز للحكومة أن تقول إنه أثرى دون سبب بقيمة الاستقطاعات التى كان يجب خصمها من مرتبه إلى حين بلوغ السن ، لأن استحقاقه للمعاش بسبب الإصابة هو حكم من أحكام القانون ، والقانون هنا هو قانون المعاشات[٢] . وإذا أهمل المقاول فلم يقيد حق امتيازه ضاع هذا الحق ودخل مع سائر دائنى التفليسة ، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على هؤلاء الدائنين ، لأن إثراءهم له سبب هو حكم القانون القاضى بوجوب القيد للمحافظة على حق الامتياز[٣] .

---

(١) وكذلك إذا لم يتقدم دائن فى الميعاد يعارض فى قائمة التوزيع النهائية (محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧) .

(٢) محكمة النقض الفرنسية فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٣ سيريه ١٩٤٤ — ١ — ٤٨ — وأنظر أيضاً هنرى ولبون مازو فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٤ ص ١٨١ .

(٣) محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢٩ . كذلك إذا سدد مصرف دائناً مرتهناً وأغفل أن يتخذ الإجراءات القانونية للحلول محله فسبقه رهن قانونى كان متأخراً عن الدائن المرتهن الذى استوفى حقه لم يجز للمصرف الرجوع على صاحب الرهن القانونى بدعوى الإثراء لأن تقدمه على المصرف له سبب هو حكم القانون (محكمة النقض الفرنسية فى ١١ يولية سنة ١٨٨٩ داللوز ١٨٨٩ — ١ — ٣٩٣ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم ، وقررنا عند الإشارة إليه أن المانع من دعوى الإثراء ليس هو إهمال المفتقر بل هو وجود سبب قانونى للاثراء) — كذلك إذا وضع شخص يده على أرض لا يملكها ورهنها فى قرض أقام به بناء على هذه الأرض ، ثم استحقت الأرض وقد ملك المستحق البناء بالالتصاق فامتد الرهن القانونى لزوجته إلى هذا البناء ، فإن الرهن الذى رتبه واضع اليد على الأرض يبطل لصدوره من غير مالك ، ولا يستطيع الدائن المرتهن أن يرجع على الزوجة بدعوى الإثراء لأن لإثرائها سبباً قانونياً هو حكم من أحكام القانون (محكمة باريس الاستئنافية فى ٥ يونية سنة ١٩٠٥ داللوز ١٩٠٨ — ٢ — ١٢٩) — وتقضى المحاكم الفرنسية بأنه إذا قام مدرس بإعطاء تلميذ دروساً خاصة بمقتضى اتفاق مع والد التلميذ ، وأراد المدرس الرجوع على الوالد فوجده معسراً ، فإنه يستطيع الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء فى ماله الخاص لأن التلميذ قد أثرى إثراء عقلياً بفضل هذه الدروس الخاصة (محكمة مونبلييه الاستئنافية فى ٣ فبراير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ — ٢ — ٢١٣ . وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم عند الكلام فى الإثراء المعنوى — أنظر أيضاً محكمة إكس الاستئنافية فى ١١ أغسطس =

المبحث الرابع

لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية
أو أن يكون الإثراء باقياً وقت رفع الدعوى

٧٧٦ — موقف التقنين المدنى الجديد : ذكرنا فى التطور التاريخى لقاعدة الإثراء بلا سبب أن هذه القاعدة لم تستقم قاعدة مستقلة إلا منذ عهد قريب ، وأنها حتى بعد أن

= سنة ١٨١٢ جورنال دى باليه ١٨١٣ رقم ٦٥٠ – ومحكمة پو الاستئنافية فى ١٩ يناير سنة ١٨٥٢ داللوز ٥٢ — ٢ — ١٩٨) . ويرى الأستاذ مارافان (مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٠٩) بحق أن المدرس لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على التلميذ لأن الإثراء هنا له سبب قانونى هو التزام والد التلميذ بتعليم ولده ، ولكن المدرس يستطيع أن يرجع على التلميذ بدعوى الفضالة لأنه كان يعمل لمصلحته ولمصلحة التلميذ معاً ، ودعوى الفضالة خير له من دعوى الإثراء .

وإذا كان ناظر الوقف يعمل دون أجر بعد أن نزل عن أجره ، فإن مركزه القانونى من الوقف — وهو ناظره — يمنعه من المطالبة بأجر على أساس أن الوقف قد أثرى على حساب جهوده . فجهوده هذه واجبة بحكم القانون على اعتبار أنه ناظر الوقف ، سواء عمل بأجر أو نزل عن أجره . ومن ثم لا نذهب إلى ما ذهبت إليه محكمة النقض فى مثل هذه الصورة من أن الرابطة العقدية بين ناظر الوقف وجهة الوقف هى التى تمنع من المطالبة بدعوى الإثراء ، إذ الرابطة بين الناظر والوقف هى رابطة قانونية لا رابطة تعاقدية . وهذا هو ما قررته محكمة النقض فى هذا الصدد : « الأصل فى الوكالة أنها تكون بغير مقابل ما لم يوجد شرط صريح بخلاف ذلك أو شرط ضمنى يتضح من حالة الوكيل . فإذا استندت المحكمة فى أن ناظر الوقف كان يعمل بغير أجر إلى إقراراته المتكررة فإنها لا تكون قد خالفت القانون . ولا يقبل من هذا الناظر قوله إنه لا يصح أن يثرى الوقف على حساب جهوده ، فان دعوى الإثراء على حساب الغير لا يكون لها محل إلا إذا لم توجد رابطة عقدية بين المتخاصمين وهذه ليست حالته » (نقض ١٤ يونية سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٥ ص ٧٢٢) .

هذا مثل آخر لوجود سبب للاثراء هو حكم من أحكام القانون : دائن مرتهن نزل عن مرتبته إلى دائن مرتهن آخر متأخر عنه ، وترتب على ذلك أنه تأخر فى المرتبة فلم ينل فى التوزيع إلا جزءاً من حقه . ولكن الدائن الذى حل محله لم يتمكن لسبب يرجع إلى إجراءات التوزيع من الحصول على كل حقه . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يجوز للدائن الذى نزل عن مرتبته الرجوع بدعوى الإثراء على من أثرى من الدائنين بسبب عدم تمكن الدائن الذى حل محله من الحصول على كل حقه (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨) . ويمكن تعليل ذلك بأن الإثراء هنا له سبب قانونى هو الأحكام القانونية الواجبة الاتباع فى التوزيع .

صار لها كيان ذاتى بقيت مغلولة بقيود لا يفسرها إلا ما صاحب القاعدة من تضييق فى الماضى ، وإلا أنها استعصت على الطفرة فلم تستطع أن تظفر باستقلالها إلا مقيداً بشروط ، إذا استطاع تاريخ القاعدة أن يفسرها ، فإنه لا يستطيع أن يبررها .

وقد ألف الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر أن يقررا ، منذ قامت القاعدة مستقلة ، أن دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية لا يجوز الالتجاء إليها إلا إذا انعدمت كل وسيلة قانونية أخرى ، وأن الإثراء الذى يطالب المفتقر باسترداده يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى . والمبتدع لهذين القيدين هما الفقيهان الكبيران أوبرى ورو على ما مر بنا .

وقد بدأ الفقه فى فرنسا وفى مصر يكسر من أغلال القيد الأول ، ولكنه هو والقضاء بقيا جامدين إزاء القيد الثانى ، فظلا يقولان بأن من شروط دعوى الإثراء أن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى .

أما التقنين المصرى الجديد فقد تكفل بتكسير القيدين معاً كما أسلفنا القول . فهو لم يشترط أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، ثم هو قد نص صراحة فى المادة ١٧٩ على أن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد[1] . فتم بذلك تحرير القاعدة من قيودها ، وأقيمت على أساس من المنطق السليم .

---

(١) وهذا ماجاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وقد اكتفى المشروع بهذه الشروط الثلاثة دون أن يضيف إليها شرطين آخرين نصت عليهما بعض تقنينات تأثرت بما كان مأثوراً من المانعة أو التحرز فى قبول مبدأ الإثراء . فلا يشترط أن يظل الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى (قارن المادة ١٤٢ من التقنين اللبنانى وهى تنص على هذا الشرط فى حالة الإثراء بحسن نية) بل يكون الرد واجباً ولو زال الإثراء فيما بعد ، وهذا ما نقضى به صراحة المادة ٢٤٨ من المشروع (انظر فى هذا المعنى المادة ٢٣٤٣ من التقنين الأرجنتينى) . ولا يشترط كذلك ألا يكون للدائن دعوى سوى دعوى الإثراء يستطيع أن يلجأ إليها لاستيفاء حقه ، بل يجوز له أن يباشر هذه الدعوى ولو هيأ له القانون طريقاً آخر . ولا يزال التقنين اللبنانى (المادة ١٤٢) مبقياً على ما كان للدعوى « رد غير المستحق » من صفة احتياطية أو تبعية ، وقد قصد المشروع إلى إهمال هذا الشرط فتعمد إغفال النص عليه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٢) .

وها نحن نستعرض كلا من هذين القيدين لنبرر موقف التقنين المصرى الجديد منهما .

المطلب الأول

لا ضرورة لأن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية

§ ١ — القانون الفرنسى

٧٧٧ — اتفاق الفقه والقضاء بادىء الأمر على أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية : منذ تحررت دعوى الإثراء وأصبحت دعوى مستقلة ، على ما مر بنا فى التطور التاريخى لهذه الدعوى ، ومنذ أعلنت محكمة النقض الفرنسية أن دعوى الإثراء بلا سبب ، وهى تقوم على مبدأ عادل يحرم الإثراء على حساب الغير ، لم يعرض لتنظيمها نص فى القانون ، فهى لا تخضع فى استعمالها لأى شرط معين ، ويكفى لقبولها أن يتقدم المدعى بإثبات أنه جعل من يرفع عليه الدعوى يثرى عن طريق تضحية تحملها هو أو عمل شخصى قام به »[١] ، ساد شعور قوى بأن تطوراً خطيراً قد وقع ، وأن دعوى الإثراء بعد أن كانت ترسف فى أغلال التبعية لدعوى الفضالة ، أصبحت طليقة من كل قيد ، فتحولت من النقيض إلى النقيض ، وأنه يجدر البحث عن قيد تنضبط به ، فلا تطغى على جميع نواحى القانون .

وسرعان ما عثر الأستاذان أوبرى ورو على هذا القيد ، فقررا أنه يشترط فى دعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون هناك لدى المدعى « دعوى أخرى ناشئة من عقد أو شبه عقد أو جريمة أو شبه جريمة »[٢] . وفهم ذلك على أن دعوى الإثراء هى دعوى احتياطية (action subsidiaire) لا يلجأ إليها المدعى إلا إذا لم يكن لديه أية دعوى أخرى .

---

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٥ يونية سنة ١٨٩٢ داللوز ٩٢ — ١ — ٥٩٦ .

(٢) أوبرى ورو الطبعة الرابعة الجزء السادس ص ٢٤٦ — ص ٢٤٧ . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وما لبثت محكمة النقض الفرنسية أن اعتنقت هذا المذهب فى حكمها المشهور الصادر فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤[١] . وانعقد إجماع الفقه والقضاء بعد ذلك على هذا المبدأ[٢] .

٧٧٨ — تزعزع الفقه الفرنسى عن موقفه : ولكن الفقه فى فرنسا ما لبث أن تزعزع عن موقفه ، وبدأ يتعمق فى بحث هذه الصفة الاحتياطية التى خلعها على دعوى الإثراء .

وبدأ هذا البحث الأستاذ بارتان (Bartin) . فتساءل فى تعليقه على كتاب الأستاذين أوبرى ورو ماذا يريد الفقيهان بقولهما إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية[٣] ؟ ثم أخذ الأستاذ رواست (Rouast) يعالج المسألة على وجه أعمق فى مقال له معروف[٤] . وأفاض بعد

(١) محكمة النقض الفرنسية فى ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ — ١ — ٤١ — وما لبثت المحكمة أن أصدرت حكماً آخر فى هذا المعنى فى ٢ مارس سنة ١٩١٥ داللوز ١٩٢٠ — ١ — ١٠٢ (أنظر تحليلا لهذا الحكم وتعليقاً عليه للأستاذ كابيتان فى كتابه الأحكام الكبرى للقضاء المدنى طبعة ثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٥ — ص ٣٣٦) .

(٢) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (١٦) — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٧٦ — جوسران ٢ فقرة ٥٧٤ — ديموج ٣ ص ٢٨٧ — [بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٧٥٦ — ١٧٥٧ ص ٣٦٩ — ٣٧٢] — محكمة النقض فى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٤ — ١ — ١٢٩ — وفى ٥ نوفبرسنة ١٩٣٤ داللوزالأسبوعى ١٩٣٤ ص ٥٨٧ وفى ١١ سبتمبرسنة ١٩٤٠ جازيت دى باليه ١٩٤٠ — ٢ — ١١٤١ وسيريه ١٩٤١ — ١ — ١٢١ . [وانظر فى أساس هذا القيد : دى باج جـ ٣ بند ٣٣ ص ٤٢ — ٤٣ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٥٤ ص ٣٢٠] .

(٣) أوبرى ورو مع تعليقات بارتان طبعة خامسة جزء ٩ ص ٣٥٥ . وقد أول الأستاذ بارتان المعنى المراد بالصفة الاحتياطية تأويلات ثلاثة : (١) فإما أن يراد بذلك أن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها إلا حيث لا توجد أية دعوى أخرى يتمكن بها الدائن من الوصول إلى حقه . (٢) وإما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت هذه الدعوى الأخرى ما دامت هذه الدعوى قد فقدها الدائن بغير خطأ منه . (٣) وإما أن يراد أن دعوى الإثراء تجوز مباشرتها حتى لو وجدت الدعوى الأخرى ولم يفقدها الدائن ولكنها غير منتجة بسبب إعسار المدين فى هذه الدعوى الأخرى — [أنظر أيضاً مارتى ورينو بند ٣٥٤ ص ٣١٩ وما بعدها — دى باج جـ ٣ ص ٤٤ بند ٣٤] .

(٤) « الإثراء بلا سبب والقضاء المدنى » (المجلة الفصلية للقانون المدنى ١٩٢٢ ص ٣٥ وما بعدها) . وقد ميز الأستاذ رواست فى هذا المقال بين فرضين : (الفرض الأول) أن توجد دعوى قائمة لدى الدائن يستطيع الالتجاء إليها بجانب دعوى الإثراء ، فهو لا شك يؤثر ها على دعوى الإثراء لأنها تيسر له تعويضاً أوفى . =

ذلك الأستاذ ألموزنينو (Almosnino) فى بحث الموضوع فى رسالة له مشهورة[(١)]. ثم خطا

= وسواء كانت دعوى الإثراء فى هذا الفرض دعوى احتياطية أو دعوى أصلية فالواقع من الأمر أن الدائن لا يلجأ إليها ما دام الباب أمامه مفتوحاً عن طريق دعوى أخرى . فدعوى الإثراء فى الفرض الذى نحن بصدده دعوى احتياطية على كل حال ، إما من طريق القانون أو من طريق الواقع . (والفرض الثانى) أن تكون هناك دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء ، ولكنها انسدت أمام الدائن فلم يبق لديه إلا دعوى الإثراء . وميز رواست فى هذا الفرض بين حالات ثلاث : أن تكون الدعوى الأخرى قد انسد طريقها لمانع قانونى ، أو انسد طريقها بفعل الدائن نفسه ، أو انسد طريقها بغير فعله ويكون ذلك عادة بإعسار المدين فى الدعوى الأخرى .

(١) « الإثراء بلا سبب وصفته الاحتياطية باريس سنة ١٩٣١ » . وقد بحث ألموزنينو فى هذه الرسالة جميع الفروض المتقدمة وأرجعها إلى خمس أحوال : ١) ليس لدى الدائن إلا دعوى الإثراء وحدها . ٢) لدى الدائن دعوى قائمة منتجة غير دعوى الإثراء . ٣) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد لمانع قانونى . ٤) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد بفعله هو . ٥) كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد بغير فعله (بسبب إعسار المدين فى الدعوى الأخرى) .

ففى الحالة الأولى — حالة ما إذا لم يكن لدى الدائن إلا دعوى الإثراء — لا تثار الصفة الاحتياطية لهذه الدعوى إذ هى الدعوى الوحيدة المفتوحة أمام الدائن ، وليس لديه غيرها للمطالبة بحقه .

وفى الحالة الثانية — حالة ما إذا كان لدى الدائن بجانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة منتجة — يقول أنصار الصفة الاحتياطية إن الدائن لا يستطيع مباشرة دعوى الإثراء لأن لديه دعوى أخرى قائمة منتجة . ويخالف البعض (ومنهم ألموزنينو) هذا الرأى ، ويذهبون إلى إعطاء الدائن الخيار بين الدعويين . ولكن ألموزنينو يستثنى من ذلك ما إذا كانت الدعوى الأخرى هى دعوى العقد أو دعوى الاستحقاق فتجب دعوى الإثراء ، وتصبح هذه دعوى احتياطية .

وفى الحالة الثالثة — حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد لمانع قانونى — لا يجوز الالتجاء إلى دعوى الإثراء حتى لا يداور المانع القانونى وتنجح الحيلة فى مخالفته ومثل المانع القانونى قواعد الإثبات ، فاذا أقرض شخص آخر مبلغاً يزيد على عشرة الجنيهات لم يستطع الرجوع عليه بدعوى الإثراء ليتمكن من إثبات القرض بالبينة ، إذ أن دعوى الإثراء تقوم على واقعة مادية فيجوز إثباتها بجميع الطرق . ولا يبقى أمام المقرض إلا دعوى القرض ، وفيها يجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . ومثل المانع القانونى أيضاً التقادم ، فاذا قام تاجر بتوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها وتقادم حقه بانقضاء سنة (م ٣٧٨ مدنى جديد) ، لم يستطع الرجوع بدعوى الإثراء لأن دعوى عقد التوريد قد انسد طريقها لمانع قانونى هو التقادم . ومثل المانع القانونى أخيراً قوة الشىء المقضى ، فإذا باع قاصر عقاراً بغبن فاحش ورفع دعوى لتكملة الثمن (م ٤٢٥ مدنى جديد) فقضى له بالتكملة ، ثم نزلت قيمة العقار فى يد المشترى إلى أقل من أربعة أخماسه ، لم يستطع المشترى أن يرجع على القاصر بدعوى الإثراء ليسترد منه التكملة ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى تكملة الثمن قد انسد طريقها لمانع قانونى هو قوة الشىء المقضى . =

الأستاذ كابيتان خطوة أبعد ، فتشكك فى أن تكون دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، وتساءل لماذا لا تكون دعوى أصلية[1] .

ولكن بالرغم من هذه الحركة الفقهية لاتزال دعوى الإثراء عند جمهور الفقهاء فى فرنسا وعند القضاء الفرنسى[2] دعوى احتياطية على المعنى الذى قال به أوبرى ورو فيما

= وفى الحالة الرابعة — حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكن طريقها انسد بفعله هو — لا يجوز للدائن فى رأى رواست مباشرة دعوى الإثراء ولا الدعوى الأخرى التى انسد طريقها . وهذا معناه أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية جبتها دعوى أصلية فلا تجوز له مباشرتها ، ثم إن الدعوى الأصلية انسد طريقها بفعله هو فلا يجوز له أيضاً أن يباشرها . فاذا أقرض مصرف مديناً النقود التى سدد بها دائناً مرتهناً ، وأهمل المصرف فى أن يتخذ الاجراءات اللازمة لحلوله محل الدائن المرتهن، وترتب على ذلك أن رهناً قانونياً لقصر كان المدين وصياً عليهم سبق المصرف فى المرتبة ، فان المصرف لا يستطيع الرجوع على القصر بدعوى الإثراء (نقض فرنسى ١١ يوليه سنة ١٨٨٩ داللوز ٨٩ — ١ — ٣٩٣ : قضية (Anrazat)) ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى الحلول محل الدائن المرتهن انسد طريقها بإهمال المصرف . وإذا كان شخص يملك كلباً فضل فى غابة للصيد وأفزع الطير فى الغابة ، فأمسك به صاحب الغابة وأبقاه عنده أياماً ، فإنه لا يستطيع الرجوع على صاحب الكلب بدعوى الإثراء لما أنفقه عليه فى إطعامه (نقض فرنسى ١١ نوفبر سنة ١٩٠٢ سيريه ١٩٠٣ — ١ — ٤٥٣ : قضية (Rolland) ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى الفضالة انسد طريقها باغفال صاحب الغابة أن يسلم الكلب للبلدية وهى التى تتولى إطعامه تطبيقاً لأحكام قانون ٢١ يونيه سنة ١٨٩٨ فى فرنسا . وإذا أهمل المقاول فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لقيد حق امتيازه على بناء أقامه لشخص أفلس ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على التفليسة (نقض فرنسى ١٢ فبراير سنة ١٩٢٣ داللوز ٢٤ — ١ — ١٢٩ : قضية (Marty) ، لأن الدعوى الأخرى وهى دعوى حق الامتياز قد انسد طريقها إذ أضاعها المقاول بتقصيره .

أما الأستاذ ألمزنينو فيرى أن دعوى الإثراء فى هذه الحالة هى دعوى أصلية تجوز مباشرتها ولو انسد طريق الدعوى الأخرى بفعل الدائن .

وفى الحالة الخامسة — حالة ما إذا كان لدى الدائن دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ولكنها أصبحت غير ذات فائدة بسبب إعسار المدين — فإذا كان المدين لا يستطيع الرجوع على المثرى ، جاز للمفتقر أن يرجع عليه بدعوى الإثراء ، وتكون هذه الدعوى إذن دعوى أصلية . مثل ذلك أن يتعاقد معلم مع والد التلميذ على إعطاء التلميذ درساً خاصاً ، ويفلس الوالد ، فيستطيع المعلم فى هذه الحالة أن يرجع بدعوى الإثراء على التلميذ (انظر ألموزنينو ص ١٥٧ وفى فروض أخرى ص ١٥٨ - ص ١٧٣) .

(١) انظر كابيتان فى كتابة الأحكام الكبرى للقضاء المدنى طبعة ثالثة باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٣٦ (وقد سبقت الإشارة إلى هذا المرجع) .

(٢) وقد سبقت الإشارة إلى الفقه والقضاء الفرنسيين اللذين يؤيدان الصفة الاحتياطية للدعوى — =

قدمناه . والسبب فى ذلك ، كما لاحظ بحق الأستاذ ماراڤان (Maravent) فى رسالته[1] ، أن معنى « سبب الإثراء » لايزال فى فرنسا محل خلاف ، ولم ينضبط على الوجه الذى انضبط به فى مصر . وسنرى أن هناك ارتباطاً شديداً بين سبب الإثراء والصفة الاحتياطية للدعوى[2] ، وأنه متى انضبط معنى سبب الإثراء على الوجه الذى أسلفناه والذى أخذ به التقنين المصرى الجديد ، وفسر هذا السبب بأنه هو المصدر القانونى الذى يكسب المثرى الإثراء ، لم تعد هناك فائدة محسوسة للقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية ، ويغنى عن هذا القول تفسير السبب على الوجه المتقدم الذكر . وإذا كانت دعوى الإثراء قد أصبحت ، بعد أن انطلقت من عقالها ، فى حاجة إلى قيد تنضبط به ، فالأولى ألا يكون القيد هو هذه الصفة الاحتياطية المزعومة التى ابتدعها الأستاذان أوبرى ورو ، بل يكون هو « سبب الإثراء » مفهوما على المعنى الذى قدمناه فيدخل قيداً فى الدعوى تنضبط به على الوجه المطلوب .

وسنرى الآن أن الفقه والقضاء فى مصر تقدما فى هذا السبيل تقدماً مشهوداً ، وأن التقنين المصرى الجديد خطا فيه الخطوة الحاسمة .

§ ٢ — القانون المصرى

٧٧٩ — الفقه والقضاء فى مصر : سار الفقه والقضاء فى مصر بادىء الأمر فى الطريق

= [ويضاف لذلك مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٠٤ ص ٣١٩ والمراجع المشار إليها فى هامش ٦ بتلك الصحيفة — دى باج جـ ٣ بند ٣١ ص ٣٩ وبند ٣٣ ص ٤١ — وراكيدس فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٦١ ص ٥٧٧ وما بعدها] .

(١) ماراڤان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص١٢٩ — ص ١٣١ .

(٢) [انظر فى بيان الارتباط بين سبب الإثراء والصفة الاحتياطية للدعوى : دى باج جـ ٣ ص ٤٢ و ٤٣ — وهو يتخذ من ذلك حجة على ضرورة إبقاء الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء لأنه حيث يكون هناك سبب للاثراء لا يكون ثمة محل لدعوى الإثراء] .

الذى سار فيه الفقه والقضاء فى فرنسا ، فقالا بالصفة الاحتياطية للدعوى[1] .

ولكن جانباً من الفقه ما لبث أن شق لنفسه طريقاً آخر ، وأخذ يتساءل : هل صحيح ما يقال من أن دعوى الإثراء دعوى احتياطية ؟ وننقل هنا ما كتبناه فى « الموجز » فى ظل التقنين المدنى القديم :

« تقرر الفقهاء عادة أن دعوى الإثراء على حساب الغير هى دعوى احتياطية . ويريدون بهذا أنه لا يجوز للمدعى الالتجاء إليها إلا إذا أعوزته السبل الأخرى . فإذا كان له سبيل غير دعوى الإثراء . فعليه أن يسلك هذا السبيل . مثل ذلك أن يغتصب شخص مالا لغيره فينتفع به ، فهنا يستطيع صاحب المال أن يرجع على المغتصب بدعوى المسؤلية التقصيرية فلا يرجع عليه بدعوى الإثراء . وقد يكون للمفتقر طريق آخر ، ولكن قبل الغير لا قبل المثرى ، فهنا أيضاً يرجع المفتقر على الغير لا على المثرى . مثل ذلك أن يتفق طبيب مع مريض على معالجته ، ويكون المريض قد أمن على نفسه ضد المرض ، فلا يرجع الطبيب على شركة التأمين بدعوى الإثراء بل يرجع على المريض بدعوى العقد . ومثل ذلك أيضاً أن يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين فى ذمته ، فيكون له ، إلى جانب دعوى الإثراء قبل المدين الحقيقى ، دعوى دفع مالا يجب قبل الدائن الذى استوفى الدين ، فعليه أن يرجع بالدعوى الثانية دون الأولى » .

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ أبريل ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ — وفى ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ — إتياى البارود ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ١١٩٠ (وقد سبقت الإشارة إلى بعض هذه الأحكام) . وانظر والتون ٢ ص ١٩٠ — ص ١٩١ — ذهنى فقرة ٧٠٥ وما بعدها — حشمت أبو ستيت فقرة ٥٢٣ ص ٣٨٩ (وقد سبقت الإشارة إلى هذه المراجع) — وينضم الدكتور وديع فرج فى مذكراته إلى رأى من يقولون بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . ويأخذ على التقنين الجديد أنه نفى هذه الصفة عن الدعوى . ثم يقول إن التعديل الذى أدخله التقنين الجديد له أثر عميق ، إذ يصح تطبيقاً لهذا التعديل — بحسب رأيه — أن يختار صاحب الأرض التى بنى فيها أجنبى بحسن نية ، فى رجوعه على البانى ، بين المطالبة بما تقضى به المادة ٩٢٥ وبين دعوى الإثراء بعد أن أصبحت دعوى أصلية . وواضح أن المادة ٩٢٥ قد تكفلت ببيان حكم البانى بحسن نية فى أرض الغير ، وهى تطبيق خاص لدعوى الإثراء ، كما أسلفنا القول .

« ونحن لا نرى محلا للقول بأن دعوى الإثراء على حساب الغير دعوى احتياطية . فهى دعوى كـكل الدعاوى متى توافرت شروطها أمكن رفعها ، حتى لو وجد المدعى أمامه طرقاً أخرى . أما ما يقـال من أن الدعوى مبنية على قواعد العدالة ، فلا يجوز الالتجاء إليها إلا عندما تضيق القواعد القـانونية ، فقول كان يصح فى قانون كالقانون الرومانى حيث كان هناك تمييز بين قواعد العدالة ممثلة فى القـانون البريطورى وقواعد القانون ممثلة فى القانون المدنى العتيق ، أو فى القانون الإنجليزى حيث كانت قواعد العدالة منفصلة عن « القانون العام ». أما الآن فلا تمييز بين قواعد العدالة وقواعد القانون، فكلاهما قانون يمـكن الالتجاء إليه . ولا يشترط الالتجاء إلى واحد قبل الآخر » .

« أما ما قدمناه من الأمثلة التى رأينا فيها المدعى يملك دعوى أخرى غير دعوى الإثراء ، فلا نرى فيها مايمنع المدعى من أن يترك هذه الدعوى الأخرى إلى دعوى الإثراء فيستطيع صاحب المـال أن يترك دعوى المسئولية التقصيرية قبل المغتصب ، ويستطيع الطبيب أن يترك دعوى العقد قبل المريض ، ويستطيع من وفى دين غيره أن يترك دعوى دفع ما لا يجب قبـل الدائن ، ويلجأ هؤلاء جميعاً إلى دعوى الإثراء . إلا أنهم لا يفعلون، إذ أن هذه الدعاوى الأخرى أجدى عليهم من دعوى الإثراء ، ففيها يستولون على تعويض كامل ، أما فى دعوى الإثراء فلا ينالون إلا أقل القيمتين من إثراء أو افتقار ... »[١] .

هذا ما قلناه فى « الموجز » فى ظل القانون القديم . ولا نزال نقوله حتى اليوم ، وفى ظل التقنين الجديد[٢] .

وينحو الدكتور محمود أبو عافية هذا النحو فى رسالته « التصرف القانونى المجرد » ،

= فتطبيق هذه المادة إنما هو تطبيق لدعوى الإثراء ذاتها فى حالة من حالاتها الخاصة . فلا يجوز القول بعد ذلك إن لصاحب الأرض أن يختار بينها وبين دعوى الإثراء . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٣٩٠ — فقرة ٣٩١ .

(٢) وهذا مع تحفظ واحد خاص بتحديد معنى « الافتقار » فى الأمثلة التى وردت فى النص ، وسنعود إليه بالتفصيل فيما يلى .

بل هو يربط فى وضوح ما بين « السبب فى الإثراء » والصفة الاحتياطية للدعوى فيقول :
« يفسر الفقه فى فرنسا ومصر هذا المبدأ بقوله إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية ... وهذا فى رأينا خطأ يؤسف له لشدة ما يترتب عليه من تعقيد لمسألة الإثراء . ولا نرى علة لوجود هذا الخطأ سوى أخذ السبب فى الإثراء بمعنى الغرض الشخصى المنشود . أما إذا أخذناه على معنى السبب المنشىء ، فإن دعوى الإثراء لا تجوز مباشرتها فى الحالة المذكورة فى المتن (حالة المشترى الذى يدفع الثمن دون أن تنتقل إليه ملكية المبيع ، فلا يجوز له أن يرجع على البائع بدعوى الإثراء بل يرجع بدعوى البيع) لا لأنها دعوى احتياطية ، وإنما لأن الإثراء له سبب هو العقد القائم »[١].

وينهج الأستاذ مارافان (Maravent) فى رسالته هذا المنهج ، ويبين فى وضوح وقوة أن الصفة الاحتياطية المزعومة لدعوى الإثراء لا تلبث أن تختفى إذا فهم « السبب فى الإثراء » على الوجه الصحيح[٢].

هذا هو الفقه المصرى فى مرحلته الأخيرة قبل صدور التقنين المدنى الجديد ، أما القضاء فى مصر فكان أقل وضوحاً فى إنكار الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء ، ولكن محكمة النقض لم تصرح فى حكم من أحكامها بأن للدعوى هذه الصفة على الرغم مما نسب إليها من ذلك[٣].

---

(١) الدكتور محمود أبو عافية : التصرف القانونى المجرد (نسخة عربية) فقرة ٥٢ ص ١٩٦ حاشية رقم ٧ .

(٢) الدكتور مارافان (Maravent) مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٢٤ — ص ١٤٥ .

(٣) ينسب الدكتور حشمت أبو ستيت (طبعة ١٩٤٥ — فقرة ٥٣٣ ص ٣٨٩) إلى محكمة النقض أن قضاءها استقر على أن لدعوى الإثراء صفة احتياطية . ويورد فى سبيل الاستشهاد على ذلك حكماً صدر من هذه المحكمة فى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ (ملحق القانون والاقتصاد ٣ ص ٦٨) تقول فيه « حيثما وجد بين المتخاصمين رابطة عقدية فلا قيام لدعوى الإثراء بغير سبب على حساب الغير ، بل تكون أحكام العقد هى مناط تحديد حقوق كل من المتخاصمين وواجباته قبل الآخر » (أنظر أيضاً مارافان =

٧٨٠ — التقنين المصرى الجديد : وجاء التقنين الجديد صدى للفقه المصرى فى مرحلته الأخيرة ، مستجيباً لدعوته ، جاعلا من دعوى الإثراء دعوى أصلية ، مؤكداً بذلك استقلال هذه الدعوى ، بعد أن رد إليها اعتبارها ، ونفى عنها الصفة الاحتياطية ، فرفعها بذلك إلى مرتبة دعوى العقد ودعوى المسئولية التقصيرية .

ويبقى أن نبرر هذا الموقف الحق الذى وقفه التقنين الجديد .

إن الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء لا يمكن أن تثار فى أية حالة لا يكون فيها للمدعى دعوى أخرى إلى جانبها . والحالات التى من هذا القبيل كثيرة متنوعة . وقد رأينا أمثلة منها متعددة فيما قدمناه ، وهذا هو الميدان الحقيقى لدعوى الإثراء .

أما إذا قامت دعوى أخرى إلى جانب دعوى الإثراء ، فهنا تثار الصفة الاحتياطية المزعومة ، ويقال إن المدعى لا يجوز له أن يرجع بدعوى الإثراء لأنها دعوى احتياطية لا يجوز مباشرتها إذا وجد سبيل قانونى آخر ، فيتعين عليه أن يباشر الدعوى الأخرى دون دعوى الإثراء . مثل ذلك المعير يدفع العارية للمستعير وله فى استردادها دعوى العارية ودعوى الاستحقاق ، فلا يجوز له فى هذه الحالة الرجوع بدعوى الإثراء . ومثل ذلك أيضاً المغتصب لمال الغير ، يستطيع صاحب المال أن يرجع عليه بدعوى الغصب ، فلا يجوز ن يرجع عليه بدعوى الإثراء .

والصحيح أن المعير فى المثل الأول ، إذا كان لا يجوز له الرجوع بدعوى الإثراء ،

= وهو يستشهد على هذا الرأى بنفس الحكم فى ص ١٢٧ حاشية ٢) . وغنى عن البيان أن الحكم غير صريح فى المعنى المنسوب إلى محكمة النقض . وقد استشهدنا نحن بهذا الحكم ذاته فى صدد أن الإثراء قد يكون سببه عقداً . ومن هنا نرى الارتباط القوى بين الصفة الاحتياطية والسبب فى الإثراء ، فإن حكماً واحداً استشهد به على كل من الأمرين) .

على أن هذين الأمرين جد مختلفين . فالقول بأن دعوى الإثراء دعوى احتياطية لا تباشر إذا وجدت بجانبها دعوى أخرى غير القول بأنه إذا وجد للاثراء سبب فلا تقوم دعوى الإثراء ، وفرق بين أن يقال إن دعوى الإثراء قائمة ولكنها لا تباشر ، وأن يقال إن دعوى الإثراء لا تباشر لأنها غير قائمة .

فليس ذلك لأنها دعوى احتياطية ، بل لأنها غير قائمة أصلا ، إذ المثرى هنا وهو المستعير قد أثرى بسبب قانونى هو عقد العارية كما رأينا فيما تقدم . وسنرى فيما يلى أن « سبب الإثراء » يغنى فى الكثرة الغالبة من الأحوال ، كما أغنى فى هذه الحالة ، عن الالتجاء إلى الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء . أما فى المثل الثانى فلا يوجد ما يمنع صاحب المال من الرجوع على المغتصب بدعوى الإثراء ، فهو بالخيار بين هذه الدعوى ودعوى الغصب ، وإن كان فى الواقع يختار دعوى الغصب إذ هى تهيىء له تعويضاً أوفر . فدعوى الإثراء لا تكون إذن دعوى احتياطية إلا إذا كان ذلك من ناحية الواقع لا من ناحية القانون[1] .

---

(١) وقد رأينا فيما نقلناه عن الموجز (فقرة ٣٩٠ — فقرة ٣٩١) مثلين آخرين : (١) يتفق طبيب مع مريض على معالجته ويكون المريض قد أمن على نفسه من المرض . (٢) يوفى شخص ديناً على غيره معتقداً أن الدين فى ذمته — وقلنا إننا لا نرى ما يمنع من أن يترك الطبيب دعوى العقد قبل المريض إلى دعوى الإثراء قبل شركة التأمين ، وأن يترك من وفى دين غيره دعوى دفع غير المستحق قبل الدائن إلى دعوى الإثراء قبل المدين .

وفى هذين المثلين اجتمعت دعوى الإثراء مع دعوى العقد ومع دعوى دفع غير المستحق . وقد تجتمع مع دعوى المسئولية التقصيرية كما رأينا فى مثل المغتصب لمال الغير الذى أوردناه فى المتن ، وكما يقع فى المنافسة غير المشروعة وفى التقليد (contrefaçon) فيجوز للمدعى أن يرجع على المنافس أو المقلد بدعوى المسئولية التقصيرية أو بدعوى الاثراء . وقد تجتمع دعوى الإثراء مع دعوى الفضالة كما إذا كشف نسابة ميراثاً لشخص يجهل أنه وارث ، وكما إذا تولى محام عملا لصالح شخص دون توكيل ، فيجوز أن يرجع النسابة أو المحامى على من أثرى إما بدعوى الفضالة أو بدعوى الإثراء .

ونستخلص من هذه الأمثلة أن دعوى الإثراء هى دعوى أصلية ، فإذا اجتمعت مع دعوى أخرى — كدعوى العقد أو دعوى المسئولية التقصيرية أو دعوى دفع غير المستحق أو دعوى الفضالة — كان للمدعى الخيار بينها وبين هذه الدعوى الأخرى . وفى هذا النطاق وحده يمكن أن نتصور أن تقوم دعوى الإثراء مع دعوى أخرى إلى جانبها .

ويمكن القول — وهذا هو التحفظ الذى أشرنا إليه عندما كنا ننقل عن الموجز — إن دعوى الإثراء حتى فى هذا النطاق لا تقوم . ولعلنا نستطيع الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق تحليل معنى « الافتقار » تحليلا أبعد مدى مما قدمناه . إذ يلاحظ أن الافتقار فى كل هذه الأمثلة يقابله حق ترتب للمفتقر بسبب افتقاره . فالمغصوب ماله كسب بالغصب حقاً فى التعويض قبل الغاصب . والطبيب كسب بالعقد حقاً قبل المريض . والموفى لدين غيره كسب بالوفاء حقاً قبل الدائن . ومن نوفس منافسة غير مشروعة أو قلدت بضاعته كسب بالمنافسة غير المشروعة أو بالتقليد حقاً قبل المنافس أو المقلد . والنسابة والمحامى دون توكيل كسباً بالفضالة حقاً قبل الوارث وقبل من ترافع عنه المحامى — فهل إذا كان المفتقر فى الوقت =

بقيت الحالات التي تكون فيها الدعوى الأخرى التي قامت إلى جانب دعوى الإثراء قد انسد طريقها ، فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء لأنها كما يقال دعوى احتياطية ، ولا الدعوى الأخرى لأن طريقها قد انسد . وجميع الأمثلة التي تورد عادة في هذا الصدد ليست إلا حالات تحقق فيها للاثراء سبب قانوني ، فلا يجوز للمدعى أن يرجع بدعوى الإثراء ، لا لأنها دعوى احتياطية ، بل لأنها ليست قائمة . فإذا أقرض شخص آخر

= الذي افتقر فيه كسب حقاً يعادل هذا الافتقار ودخل هذا الحق في ماله ، يمكن القول مع ذلك إن افتقاره موجود ؟ ألا يجوز أن يقال إن الافتقار هنا قابله حق يعادله فانعدم ، فلا تقوم دعوى الإثراء في جميع الحالات التي قدمناها ؟ إذا صح ذلك أمحى كل فرض تقوم فيه دعوى الإثراء مع قيام دعوى أخرى إلى جانبها ، فهذه الدعوى الأخرى إذا قامت تكون إما « سبباً » للاثراء أو « معادلا » للافتقار، وفي الحالتين لا تقوم دعوى الإثراء .

وهذا الرأي له مزيتان : (أولا) أنه يبسط المسألة التي نحن بصددها إلى حد كبير ، وبدلا من أن نفرض إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى قائمة ، ثم نتساءل أيجوز مع قيام هذه الدعوى الأخرى مباشرة دعوى الإثراء ، نقرر في بساطة أن دعوى الإثراء إذا توافرت أركانها لا يمكن أن تقوم إلى جانبها دعوى أخرى . فتصبح مسألة الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء مسألة غير ذات موضوع . (ثانياً) أنه يجعل للافتقار « معادلا » له مزية التحديد الذي جعلناه « لسبب » الإثراء . فكما أن الإثراء قد يكون له « سبب » هو المصدر القانوني الذي أكسب المثرى هذا الإثراء ، كذلك الافتقار قد يكون له « معادل » هو الحق القانوني الذي كسبه المفتقر بسبب هذا الافتقار والافتقار « بمعادل » كالإثراء « بسبب » ، كلاهما يعدم في دعوى الإثراء ركناً من أركانها فلا تقوم .

هذا وقد تجتمع دعوى الإثراء مع الدعوى غير المباشرة ، كصاحب أرض يؤجرها ويشترط على المستأجر أن يكون ما يقيمه هذا من بناء ملكا له . ثم يتعاقد المستأجر مع مقاول لإقامة البناء ، ويعجز عن الوفاء بالتزاماته نحو كل من المقاول وصاحب الأرض ، فيلتزم هذا نحو المستأجر أن يعوض المقاول ويستولى على البناء . فالمقاول في هذه الحالة أن يرجع على صاحب الأرض إما بدعوى الإثراء أو بالدعوى غير المباشرة نيابة عن المستأجر . ولكن دعوى الإثراء هنا لم يوجد إلى جانبها دعوى أخرى للمقاول ، فإن الدعوى غير المباشرة ليست إلا دعوى المستأجر يستعملها المقاول نيابة عنه (انظر محكمة السين الفرنسية في ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ جازيت دي باليه ١٩٠٠ — ١ — ٢٩٠ — محكمة الاستئناف المختلطة في ٥ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٨٦ يعارض حكماً آخر في أول مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٨٦) .

[وقارن أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٥٧٦ ص ٥٣٢ وعبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٤٦ ص ٥٩٦ حيث يريان أنه لا يجوز الالتجاء إلى دعوى الإثراء إلا إذا انعدمت كل دعوى أخرى أمام المدعى ، أما إذا كانت هناك دعوى أخرى يستطيع أن يباشرها أو كانت ولكن انسد طريقها لمانع من الموانع ، كتقادم، أو قوة الشيء المقضى أو عدم إجراء قيد الخ ، فلا يملك الدائن الالتجاء إلى دعوى الإثراء لوجود دعوى أخرى] .

مبلغاً من النقود يزيد على عشرة الجنيهات ولم يحصل على دليل كتابي ، وأراد المقرض — بعد أن انسد أمامه طريق دعوى القرض لمانع قانوني هو انعدام الدليل الكتابي — أن يرجع على المقترض بدعوى الإثراء حتى يتمكن من إثبات القرض بالبينة كواقعة مادية ، لم يجز له ذلك لأن الإثراء هنا له سبب هو عقد القرض[1] . وإذا أقرض مصرف مديناً

---

(١) ويرى الأستاذ ناكيه (Naquet) جواز أن يباشر المقرض دعوى الإثراء بشرط إثبات واقعة الإثراء بالكتابة قياساً على الوقائع القانونية التي تنطوي على عقود فإنه يجب إثباتها بالكتابة كما في جريمة خيانة الأمانة (تعليق على حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩١٤ سيريه ١٩١٨ — ١ — ٤١) .

والصحيح أن دعوى الإثراء هنا لا تقوم لوجود سبب للاثراء هو عقد القرض كما قدمنا . وهذا هو شأن عقد المقاولة إذا أبرم كتابة بأجر إجمالي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل (م ٦٥٨ فقرة ١ وفقرة ٢ مدني جديد) ، فإذا حدث في هذا التصميم تعديل أو إضافة لم يأذن بهما رب العمل كتابة ، وأراد المقاول الرجوع على رب العمل بزيادة في الأجر ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى العقد إذ لا يجوز له إثبات الاتفاق على التعديل أو الإضافة إلا بورقة مكتوبة ، ولا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء لأن إثراء رب العمل له سبب هو عقد المقاولة الأصلي .

وهذا أيضاً هو شأن كل الفروض التي يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى ينسد طريقها لمانع قانوني (انظر الحالة الثالثة من الحالات الخمس التي بحثها ألموزنينو في رسالته) . فإذا قام تاجر بتوريد أشياء لشخص لا يتجر فيها ، وتقادم حقه بانقضاء سنة (م ٣٧٨ مدني جديد) ، وانسد طريق دعوى العقد بالتقادم ، فإن التاجر لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء لان المدعى عليه قد أثرى بسبب قانوني هو التقادم . وإذا باع قاصر عقاراً بغبن فاحش ورفع دعوى لتكملة الثمن فقضي له بالتكملة ، ثم نزلت قيمة العقار في يد المشتري إلى أقل من أربعة أخماسه ، وانسد طريق دعوى تكملة الثمن بصدور حكم نهائي ، فإن المشتري لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء على القاصر لأن هذا قد أثرى بسبب قانوني هو قوة الشيء المقضي .

وقد رأينا فيما قدمناه من الأمثلة أن المانع القانوني الذي ينسد به طريق الدعوى الأخرى ينقلب فيكون سبباً للاثراء ، فيمنع بذلك قيام دعوى الإثراء . فإذا لم ينقلب هذا المانع القانوني سبباً للاثراء ، انسد الطريق دون الدعوى الأخرى من غير أن ينسد دون دعوى الإثراء . وهذا قاطع في أن دعوى الإثراء ليست بالدعوى الاحتياطية كما يقال . ونأتي بمثل لذلك : نصت المادة ١٨٤ من التقنين المدني الجديد (م ١٤٨/٢٠٩ قديم) على أنه « لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن وهو حسن النية قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء » . فهنا وجدت دعوى استرداد غير المستحق ، وانسد طريقها لمانع قانوني وهو تجرد الدائن من سند الدين أو من التأمينات أو سقوط دعواه بالتقادم ، ولكن القانون اصطنع هذا المانع بقدر فلم يجعله سبباً للاثراء ، وأجاز للغير الذي قام بالوفاء أن يرجع بدعوى الإثراء على المدين الحقيقي . ولا يقال ، إذا ترك =

مبلغاً من النقود سدد به دائناً مرتهناً ، وأهمل المصرف فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لحلوله محل هذا الدائن المرتهن ، وترتب على ذلك أن دائناً متأخراً تقدم على المصرف ، وأراد المصرف — بعد أن انسد أمامه طريق دعوى الحلول بإهماله — أن يرجع على الدائن المتأخر بدعوى الإثراء ، لم يجز له الرجوع بهذه الدعوى لأن إثراء الدائن المتأخر له سبب هو حكم القانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[1] وإذا تعاقد معلم مع والد تلميذ على أن

= الدائن دعواه قبل المدين الحقيق تسقط بالتقادم ، إن التقادم هو سبب الاثراء ، ذلك لأن دعوى الدائن وقت أن استوفى الدين ، أى وقت أن أثرى ، لم تكن قد سقطت بالتقادم ، والعبرة فى الإثراء بوقت وقوعه لا بوقت رفع الدعوى كما سنرى .

(١) وهذا أيضاً هو شأن كل الفروض التى يقوم فيها إلى جانب دعوى الإثراء دعوى أخرى ينسد طريقها بفعل الدائن (أنظر الحالة الرابعة من الحالات الخمس التى بحثها ألموزنينو فى رسالته) . فإذا كان شخص يملك كلباً ضل فى غابة للصيد ، فأمسك به صاحب الغابة وأبقاه عنده أياماً متولياً نفقة إطعامه دون أن يسلمه للبلدية ، فسد أمامه طريق دعوى الفضالة بفعله ، فإن صاحب الغابة لا يستطيع أن يرجع بدعوى الإثراء على صاحب الكلب ، لأن هذا إذا كان قد أثرى فلاثرائه سبب هو قانون ٢١ يونية سنة ١٨٩٨ الذى يوجب فى فرنسا تسليم الكلاب الضالة للبلدية وهى التى تتولى إطعامها (انظر رسالة ألموزنينو ص ١٥١ ص ١٥٢ — مارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ١٤١ — ص ١٤٢ — انظر أيضاً محكمة إتياى البارود فى ٦ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٧٩٠ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٣ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٤٨ — وفى أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ وهى الأحكام التى أشار إليها مارافان فى المرجع المشار إليه) . وإذا أهمل المقاول فى اتخاذ الإجراءات اللازمة لقيد حق امتيازه على بناء أقامه لشخص أفلس ، فسد أمامه طريق دعوى الامتياز بفعله ، فإنه لا يستطيع الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب على التفليسة ، لأن التفليسة إذا كانت قد أثرت من ضياع حق امتياز المقاول ، فلهذا الإثراء سبب قانونى هو أحكام القانون الخاصة بمراتب الدائنين (انظر ألموزنينو ص ١٥٢ — ص ١٥٤ — مارافان ص ١٤٠) .

يضاف إلى هذه الأمثلة مثل آخر فى قضية فرنسية هى قضية (Deschalettes) (نقض فرنسى ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ داللوز ١٣ — ١ — ٤٣٣) : باع رجل أرضاً لخليلته بيعاً صورياً ، فرهنت الخليلة الأرض لمصرف فى مقابل قرض أقامت به بناء على الأرض . فرفعت مطلقة البائع دعوى قضت فيها محكمة النقض الفرنسية ببطلان الرهن الصادر من الخليلة لأن ملكيتها للأرض ملكية صورية ، ورفضت أن يكون للمصرف دعوى إثراء قبل المطلقة التى أثرت من وراء بطلان الرهن إذ ارتفعت مرتبة رهنها القانونى على أموال مطلقها ومنها هذه الأرض . ويقول الأستاذ رواست فى صدد هذه القضية إن دعوى الإثراء ترفض لأن المصرف أهمل . وهذا غير صحيح لأن المصرف لم يكن يعلم بصورية البيع ، وهبه أهمل فدعوى الإثراء لا تدفع بإهمال الدائن وقد رأينا أن الحائز سيىء النية يرجع بدعوى الإثراء ، والصحيح أن محكمة النقض الفرنسية أخطأت فى إبطال =

يعطى التلميذ درساً خاصاً ، ثم يفلس الأب ، تنسد أمام المعلم دعوى الرجوع بالعقد لإعساره ، ويريد المعلم الرجوع على التلميذ بدعوى الإثراء بلا سبب ، لم يجز له ذلك لأن إثراء التلميذ له سبب هو التزام الأب أن يقوم على تعليم ولده[1] .

ويتبين مما قدمناه أن دعوى الإثراء هى دعوى أصلية . فإذا قامت دعوى أخرى إلى جانبها ، كان للمدعى الخيار بين الدعويين . وإذا كان يختار فى الواقع الدعوى الأخرى ، فتبدو دعوى الإثراء فى الظاهر كأنها دعوى احتياطية . فإن ذلك يرجع إلى أن هذه الدعوى الأخرى إما أن تكون قد جعلت للاثراء سبباً فلا يستطيع المدعى أن يباشر دعوى الإثراء ، وإما أن تكون هى الأجدى على المدعى فلا يرغب فى أن يباشر دعوى الإثراء .

وإذا كان هناك شىء يستبقى من فكرة الصفة الاحتياطية ، فليس ذلك ما يقال من أنه يجب على المدعى أن يستعرض الدعاوى واحدة بعد الأخرى ، فإذا استنفدها جميعاً ولم يستقم له أى منها التجأ إلى دعوى الإثراء . بل الذى يستبقى هو أنه يجب على المدعى أن يستعرض الأسباب القانونية واحداً بعد الآخر ، فإذا استنفدها جميعاً ولم

= الرهن ، لأن الصورية لايحتج بها على الغير حسن النية . أما إذا فرضنا جدلا أن الصورية يحتج بها هنا ، فان محكمة النقض تكون قد أصابت فى إنكار دعوى الإثراء على المصرف الذى سد طريق دعوى الرهن بفعله ، وإذا كانت المطلقة قد أثرت ، فان لإثرائها سبباً قانونياً هو أحكام القانون الخاصة بحفظ مراتب الدائنين (مارافان ص ١٣٨ — ص ١٤٠ — ألموزنينو ص ١٤٤ — ص ١٥٠) .

(١) وقد رأينا أن محكمة مونبلييه الفرنسية (٣ فبراير سنة ١٨٦٩ داللوز ٦٩ — ٢ — ٢١٣) أجازت رجوع المعلم على التلميذ بدعوى الإثراء بلا سبب . (انظر ألموزنينو ص ١٥٧) وانظر عكس ذلك مارافان ١٠٩ .

كذلك إذا باع شخص سيارة لآخر ، فوهبها المشترى لثالث ، وفسخ البائع البيع وأراد الرجوع على المشترى فوجده معسراً ، فهو لا يستطيع الرجوع على الموهوب له بدعوى الإثراء ، لأن الموهوب له قد أثرى بسبب قانونى هو حيازة المنقول بحسن نية (لا عقد الهبة لأن الواهب قد انفسخ سند ملكيته) . وقد سبقت الإشارة إلى أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد اشتمل على نص يجيز فى هذه الحالة رجوع البائع على الموهوب له بدعوى الإثراء ، ولكن النص حذف فى لجنة المراجعة ، فخرج المشروع النهائى خالياً منه .

يقم أى منها سبباً لإثراء المدعى عليه ، جاز له عند ذلك أن يرجع بدعوى الإثراء[١] .

المطلب الثانى

لا ضرورة لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى

٧٨١ — التقنين المدنى الجديد : نص التقنين المدنى الجديد صراحة فى المادة ١٧٩ على أن التزام المثرى يبقى قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد . ومعنى ذلك أن العبرة بحصول الإثراء . فمتى حصل وجد الالتزام فى ذمة المثرى ، وليس من الضرورى بعد ذلك أن يبقى الإثراء قائماً إلى وقت رفع الدعوى .

٧٨٢ — الرأى المعارض : والرأى السائد فى فرنسا[٢] هو الرأى المعارض . إذ يشترط هناك — كما كان يشترط فى مصر[٣] قبل صدور التقنين المدنى الجديد — أن

(١) وإذا أخذنا بفكرة « المعادل » فى الافتقار على الوجه الذى قدمناه أمكن أن نقول إن دعوى الإثراء دعوى احتياطية بالمعنى الآتى : يجب على المدعى قبل أن يلجأ إلى دعوى الإثراء أن يستعرض كل الأسباب التى تصلح مصدراً قانونياً لقيام الإثراء أو لقيام معادل للافتقار ، فإذا استنفدها جميعاً ولم يجد أياً منها يصلح لذلك ، جاز له عندئذ أن يرجع بدعوى الإثراء .

(٢) لوران ٢٠ فقرة ٣٤٠ — أوبرى ورو طبعة خامسة ص ٣٦٢ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٨٤٩ (٢٦) — بلانيول وريبير وإسمان ٧ ص ٥٠ — جوسران ٢ ص ٢٨٠ (١) — [بيدان جـ ٩ مكرر ص ٣٦٥ بند ١٧٥١] — محكمة ليون الاستئنافية ١١ يناير سنة ١٩٠٦ داللوز ١٩٠٦ — ٢ — ١٣٢ — محكمة باريس الاستئنافية ٢٧ يولية سنة ١٩٢٨ سيريه ١٩٣٠ — ٢ — ٧٣ — محكمة فينا الابتدائية ٤ يناير سنة ١٩٢٣ داللوز ١٩٢٣ — ٢ — ١٥٣ — وقارن ديموج ٣ فقرة ١٧٠ ص ٢٨١ — [وقارن أيضاً دى باج جـ ٣ بند ٤٩ ص ٦١ حيث ينتقد هذا الرأى] .

(٣) دى هلتس ٢ ص ٢٩٩ — والتون ٢ ص ١٩٠ — الموجز للمؤلف ص ٣٨٧ — ص ٣٨٨ — ماراقان ص ٧٥ — ص ٨٣ . ومع ذلك قارن حشمت أبو ستيت فقرة ٥٣٥ وفقرة ٥٤١ وفقرة ٥٤٩ .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دعوى الإثراء تفترض أن مال المدعى عليه قد زاد وقت رفع الدعوى بسبب ما قدمه له المدعى . فلا تقوم هذه الدعوى فى جميع الحالات التى يرى فيها المدعى عليه أن هذه الزيادة فى ماله قد زالت ، حتى لو كان زوالها قد وقع بسبب ما أنفقه منها ، إلا إذا كان الإنفاق لضرورة من ضروريات المعاش بحيث يكون من المحقق أن مال المدعى عليه كان ينقص بالإنفاق لهذا السبب =

يـكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى . وقد جاء فى «الموجز»[1] فى هذا الصدد ما يأتى :
« والقدر الذى أثرى به المدين يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى عليه من الدائن . وينبنى على ذلك أنه لو قام الدائن بترميمات فى منزل المدين ، ثم احترق المنزل قبل أن يرفع الدائن الدعوى ، فإنه لا يرجع بشىء على المدين . ولـكن إذا احترق المنزل بعد رفع الدعوى وقبل صدور الحـكم ، فلا يؤثر هذا فى حق الدائن ، فإن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى . على أن الإثراء يعتبر قائماً ولو كان ناشئاً عن خدمات أداها الدائن للمـــدين وانتهت هذه الخدمات قبل رفع الدعوى ، إلا إذا كانت هذه الخدمات قد أنشأت فائدة مادية كانت قائمة ثم هلـكت قبل التقاضى » .

وهذا الحـكم الغريب — وهو البقية الباقية من مخلفات الماضى وقت أن كانت دعوى الإثراء ترسف فى الأغلال والقيود — يقيمه أنصاره على الأسانيد الآتية[2] :

(١) أن الغرض من دعوى الإثراء هو إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين ماليتين : إحداهما أثرت بسبب افتقار الأخرى ، فالوقت الذى يعتبر فيه اختلال التوازن هو الوقت الذى تطلب فيه إعادته ، أى وقت رفع الدعوى .

(٢) اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء عن دعوى الفضالة . ففى الفضالة لا يشترط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى ، لأن الفضولى وهو يولى جميلا لرب العمل أولى بالرعاية من المفتقر .

= لولا الزيادة التى أحدثها المدعى (استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٧ — انظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢٢ — محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى ١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٣ — محكمة أشمون الجزئية فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٥٠ ص ١٩٥) .

(١) ص ٣٨٧ — ص ٣٨٨ .

(٢) ننقل هذه الأسانيد عن مارافان بنوع خاص ، فهو من أنصار هذا الحـكم ومن أكثرهم تحمساً له (انظر مارافان مجلة مصر العصرية سنة ١٩٤٩ ص ٧٥ — ص ٨٣) .

(٣) أن الإثراء يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية ، وكلاهما يقدر وقت رفع الدعوى .
(٤) أن جميع التقنينات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى[١] .

٧٨٣ — **الرأى الصحيح** : والرأى الصحيح فى نظرنا هو الرأى الذى أخذ به التقنين المدنى الجديد من أن العبرة فى تقدير الإثراء بوقت حصوله لا بوقت رفع الدعوى . ومادمنا نريد أن نحرر قاعدة الإثراء من القيود التى أثقلتها فى الماضى ، فالواجب أن نتحاكم فى هذه المسألة ، لا إلى تقاليد القاعدة ، بل إلى المنطق القانونى السليم . وقد قدمنا أن مصدر التزام المثرى هو واقعة الإثراء ، ولما كان الالتزام يوجد بوجود مصدره ، فالتزام المثرى بالتعويض يوجد بمجرد أن تتحقق واقعة الإثراء . فمنذ أثرى المثرى أصبح ملتزماً . ومتى تعين وقت قيام الالتزام تعين كذلك محل الالتزام ، إذ الالتزام لا يقوم إلا بقيام محله . فيتعين إذن محل الالتزام — وقيمة الإثراء أحد عنصريه — وقت تحقق الإثراء . ويتبين من ذلك فى وضوح أن قيمة الإثراء إنما تقدر وقت تحقق الإثراء لا وقت رفع الدعوى .

---

(١) هذه هى الأسانيد الرئيسية . ويضاف عادة حجج أخرى ثانوية منها :
« ١ » أن الإثراء دخل فى مال المثرى دون إرادته ، بل دون علمه فى بعض الأحيان ، فكيف يجوز عدالة أن يرد المثرى هذا الإثراء إذا لم يبق منه أثر وقت رفع الدعوى ؟

« ٢ » يقع كثيراً أن يكون المفتقر هو السبب فى إفقار نفسه ، فواجبه أن يعجل فى رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء (ألموزنينو ص ٧٥) .

« ٣ » اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدى إلى نتائج عادلة فى الفروض الآتية : ا) إذا اشتمل الإثراء على سندات استهلكت وقت رفع الدعوى فمن العدل أن ترد قيمتها الإسمية — وهى القيمة وقت رفع الدعوى — لا قيمتها الفعلية — وهى القيمة وقت الإثراء ، إذ قد تكون القيمة الأولى أقل بكثير من القيمة الثانية . ب) إذا اشتمل الإثراء على عين باعها المثرى أو وهبها فمن العدل أن يرد الثمن فى حالة البيع أو لا يرد شيئاً فى حالة الهبة — وهذه هى قيمة الإثراء وقت رفع الدعوى . أما إذا رد قيمة الإثراء وقت حصوله فيجب أن يرد قيمة العين فى حالتى البيع والهبة . حـ) إذا كان الإثراء لم يتحقق ، كما إذا أقام مستأجر بناء فى العين المؤجرة ستؤول ملكيته إلى المؤجر عند نهاية الإيجار ، فمن العدل ألا يرجع المقاول بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار لأن الإثراء غير موجود وقت رفع الدعوى .
وسنتولى الرد على هذه الحجج عند الرد على الأسانيد الرئيسية .

هذا هو المنطق القانونى السليم . وهو عين المنطق الذى نراه فى جميع المصادر الأخرى للالتزام . فالالتزام الناشىء من العقد يتعين محله وقت تمام العقد . والالتزام الناشىء من العمل غير المشروع يتعين محله وقت وقوع الضرر على تفصيل سنعود اليه فيما يلى . والالتزام الناشىء من القانون يتعين محله وقت قيام الواقعة القانونية التى يرتب القانون عليها الالتزام ، جواراً كانت أو قرابة أو غير ذلك . فإذا كانت مصادر الالتزام جميعاً ، إذا قامت يتعين بقيامها محل الالتزام ، فلماذا نستثنى من هذا المبدأ المنطقى العادل مصدراً واحداً هو مصدر الإثراء بلا سبب ، ونستبقى لهذا المصدر وحده بقية من بقايا الشذوذ التى اشتهر بها فى الماضى ! إن القانون المدنى الجديد عندما قرر أن الإثراء بلا سبب هو كغيره من المصادر إذا قام يتعين بقيامه محل الالتزام ، وأن العبرة فى تقدير قيمة الإثراء تكون بوقت تحقق الإثراء ، قد أعاد هذا المصدر إلى حظيرة القواعد العامة ، وجعله نظيراً لغيره من المصادر الأخرى ، وفك عنه آخر غل كان به مشدود الوثاق .

٧٨٤ — *نقض الرأى المعارض* : أما الحجج التى يستند إليها الرأى المعارض فمن الميسور نقضها :

(١) فأما أن دعوى الإثراء يقصد بها إعادة التوازن الذى اختل بين ذمتين ماليتين ، فهذا صحيح . ولكن إلى أى وقت تكون إعادة التوازن ؟ إن قيل إن إعادة التوازن واجبة إلى يوم رفع الدعوى لأن الاختلال يكون قائماً وقت ذلك ، فإن هذا المنطق يجر القائل به إلى مدى أبعد . ومادامت العبرة بقيام الاختلال ، فما أولى أنصار الرأى المعارض أن ينتقلوا من وقت رفع الدعوى إلى وقت النطق بالحكم ، ففى هذا الوقت وحده يستطيع القاضى أن يحكم بإصلاح آخر أثر للاختلال فى مكنته أن يصلحه ! وقد أبى الأستاذ ديموج ، وهو من أنصار الرأى المعارض ، إلا أن يسير فى منطقه إلى نهاية الشوط ، فيقول بوجوب إصلاح الاختلال إلى وقت النطق بالحكم[1] . ولكن مقتضيات الصياغة

---

(١) ديموج ٣ فقرة ١٧٠ ص ٢٨١ .

القانونية تأبى إلا استقرار التعامل . فمن بين الأوقات الثلاثة التى تتنازع المسألة التى نحن بصددها ، وقت وقوع الاختلال فى التوازن ووقت رفع الدعوى ووقت النطق بالحكم ، لايوجد إلا وقت واحد هو المستقر الثابت ، لا يدخل فى تحديده التحكم . ولا يتعين تبعاً للمصادفات ، وهو فوق هذا كله الوقت الذى يقوم فيه الالتزام . وذلك هو وقت وقوع الاختلال فى التوازن ، أى وقت تحقق الإثراء . فالواجب إذن الوقوف عند هذا الوقت وحده لتقدير قيمة الإثراء .

(٢) و أما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى هو الذى يميز دعوى الإثراء من دعوى الفضالة ، فهذه حجة بادية الوهن . فالتمييز بين الدعويين لايزال قائماً حتى بعد اختفاء هذا المميز . ولا يزال هناك فارق جوهرى بين دعوى الفضالة التى تجعل للفضولى الحق فى استرداد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة ، ودعوى الإثراء التى لاتجعل للمفتقر إلا أقل القيمتين من الإثراء والافتقار . بل إن هذا الفارق الجوهرى هو الذى يستجيب لمهمة كل من الدعويين ، فإن الفضولى يولى جميلا فكان له أن يسترد جميع مصروفاته الضرورية والنافعة ، أما المفتقر فليست عنده هذه النية ولذلك لايسترد إلا أقل القيمتين .

(٣) وأما أن الاثراء يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية ، كلاهما يقدر وقت رفع الدعوى ، فهذه مماثلة خاطئة وحكم غير صحيح . وإنما يماثل الضرر فى المسئولية التقصيرية الافتقار لا الإثراء . وسنرى أن الافتقار كالضرر يقدر يوم النطق بالحكم إذا كان متغيراً لايقوم رفع الدعوى .

(٤) وأما أن جميع التقنينات الحديثة تقدر الإثراء وقت رفع الدعوى ، فهذه التقنينات إذا كانت لاتينية فلا دلالة لها ، لأنها إنما تسير فى قاعدة الإثراء وفقاً لتقاليدها الضيقة . وإذا كانت جرمانية فدلالتها أقل ، وقد رأينا أن القوانين الجرمانية تذهب فى تضييق قاعدة الإثراء بلا سبب إلى مدى أبعد من المدى الذى تذهب إليه القوانين اللاتينية . فهى تأبى أن يكون الإثراء غير مباشر ، ولا تقر الإثراء المعنوى بل تشترط أن يكون

ذا قيمة مادية . فكل هذه التقنينات من لاتينية وجرمانية وقفت بالقاعدة عند تقاليدها القديمة ، وجمدت عن أن تسير بها طريق التطور [١] . على أن هناك تقنينين سجلا للقاعدة هذا التطور الأخير ، فنصا صراحة على جواز أن يكون الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى ، وهما التقنين النمساوى [٢] والتقنين الأرجنتينى [٣] . فهل يعيب القانون المصرى الجديد أن يكون قد سار بالقاعدة إلى هذا المدى الواجب فى التطور [٤] !

---

(١) على أن بعض هذه التقنينات ينص صراحة على وجوب رد الإثراء مقدراً وقت تحققه (لا وقت رفع الدعوى) إذا كان المثرى سيىء النية (م ١٢٧ من التقنين البولونى وم ١٤٢ من التقنين اللبنانى وم ١٨٢ من التقنين الصينى وم ٤٠٠ من التقنين السوفييتى) . وغنى عن البيان أن المثرى حسن النية لا يقل التزامه ، فى منطق قاعدة الإثراء بلا سبب ، عن التزامه المثرى سيىء النية ، إذ أن سوء النية أو حسنها لا دخل له لا فى ترتيب الالتزام ولا فى تحديد مداه .

(٢) ينص التقنين النمساوى — وهو فى صدد التمييز صراحة ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب أى أنه لا يخلط بينهما كما ذهب إلى ذلك الأستاذ مارافان (ص ٨٢) — على أن تقدير الإثراء يكون وقت تحققه حتى لو زال بعد ذلك ، فيقول فى المادة ١٠٤١ : « إذا استعمل شىء لمنفعة الغير ، من غير أن تكون هناك فضالة ، فلصاحب الشىء أن يسترده عيناً ، فإذا أصبح ذلك غير ممكن استرد القيمة التى كانت له وقت الاستعمال حتى لو زال الإثراء بعد ذلك » .

(٣) ينص التقنين الأرجنتينى فى المادة ٢٣٤٣ على ما يأتى : « النقود التى تكون أنفقت فزادت فى قيمة شىء يملكه الغير ، أو ترتب على إنفاقها نفع للغير أو تحسين فى ملكه ، يعتبر إنفاقها أمراً نافعاً ، حتى لو زال الإثراء فيما بعد » .

(٤) أما الحجج الأخرى الثانوية فهى أيضاً غير مقنعة :

١ — فأما أن الإثراء قد دخل فى ملك المثرى دون إرادته ، بل ودون علمه فى بعض الأحيان ، فلا يجوز أن يرد المثرى هذا الاثراء إذا لم يبق له أثر وقت رفع الدعوى ، فهذه حجة مقدمتها لا صلة لها بنتيجتها . ذلك أن التزام المثرى بالرد لا ينشأ من إرادته ، بل ينشأ من واقعة مادية هى واقعة الإثراء ، فتى تحققت هذه الواقعة قام الالتزام وتعين محله فى الوقت الذى نشأ فيه . والالتزام هنا كما نرى مستقل عن إرادة المثرى ولا صلة له بها حتى يصح أن يترتب على انتفاء إرادته أى أثر فى مدى التزامه . ثم ما عسى أن يقول أصحاب هذه الحجة فى الأحوال التى يتحقق فيها الإثراء بإرادة المثرى وهى أحوال كثيرة ؟ أتراهم يفرقون بين حالة وحالة ؟

٢ — وأما أن المفتقر هو السبب فى إفقار نفسه فوجب عليه أن يعجل فى رفع الدعوى قبل أن يزول الإثراء ، فهذه حجة غريبة ، إذ هى لا تقوم على أساس قانونى ، ولا هى تشمل كل حالات الإثراء ، فكثيراً ما يقع أن يكون المثرى هو السبب فى إثراء نفسه على حساب المفتقر . والسبيل القانونى لدفع المفتقر إلى تعجيل دعواه هو تقصير مدة التقادم ، وهذا ما فعله التقنين الجديد .

٣ — وأما أن اشتراط قيام الإثراء وقت رفع الدعوى يؤدى إلى نتائج عادلة ، فهذه الحجة أيضاً لا تقوم على أساس . والفروض التى سيقت فى هذا الصدد هى ذاتها التى تدل على ذلك : (ا) فإن الإثراء إذا اشتمل على سندات استهلكت وقت رفع الدعوى فليس من المقطوع فيه أن العدل يقضى برد قيمتها =

ويتبين مما قدمناه أن الإثراء تقدر قيمته وقت تحققه . وهـذا هو الوضع الصحيح للمسألة . فمادام الإثراء منذ تحققه دخل ذمة المثرى وأصبح ملـكا له ، فهو الذى يتحمل تبعته من هذا الوقت . إن زاد بعد ذلك فله الغنم ، وإن نقص أو زال فعليه الغرم . بهذا تقضى المبادىء الصحيحة وهذا ما يفرضه المنطق القانونى[1] .

***

= الإسمية - وهى القيمة وقت رفع الدعوى - دون قيمتها الفعلية — وهى القيمة وقت الإثراء . فلو أن القيمة الأولى زادت على القيمة الثانية لبان للقائلين بهذه الحجة أن العدل على خلاف ما يقولون . على أن المنطق القانونى يقضى بأن السندات المستهلكة —وقد أصبحت ملـكا للمثرى من وقت تحقق الإثراء — تدخل فى ذمة المثرى ويلتزم برد قيمتها الفعلية ، ثم هو الذى يتحمل تبعتها بعد ذلك ، ارتفعت قيمتها الفعلية أو انخفضت . (ب) وإذا اشتمل الإثراء على عين باعها المثرى أو وهبها فليس من العدل أن يرد قيمتها وقت رفع الدعوى فلا يرد شيئاً فى حالة الهبة (وقد قدمنا أن المفتقر فى هذه الحالة لا يستطيع أيضاً الرجوع على الموهوب له) ، بل العدل يقضى بأن يرد قيمتها وقت تحقق الإثراء فيرد هذه القيمة فى حالة الهبة ، ويرد هذه القيمة أيضاً دون الثمن فى حالة البيع ، وما دام قد أصبح مالـكا للعين فهو الذى يتحمل تبعتها ، زادت القيمة أو انخفضت أو انعدمت . (جـ) وإذا أقام المستأجر بنـاء فى العين المؤجرة فإن المقاول لا يرجع بدعوى الإثراء على المؤجر قبل نهاية الإيجار ، لا لأن قيمة الإثراء تقدر وقت رفع الدعوى كما يزعم أنصار الرأى المعارض ، بل لأن الإثراء قبل نهاية الإيجار لم يتحقق ، إذ أن المؤجر لا يتملك البناء إلا عند نهاية الايجار .

على أن الرأى المعارض هو ذاته الذى يؤدى إلى نتائج غير مستساغة . من ذلك : (١) إذا كان الإثراء عملا قد تم أو منفعة قد استهلكت ، فمنطق الرأى المعارض يقضى بألا محل للرجوع بدعوى الإثراء ما دام الإثراء قد انعدم وقت رفع الدعوى . ولم يتشبث أصحاب الرأى المعارض برأيهم هنا ، ولم يسعهم إلا أن يرجعوا عنه إلى الرأى الآخر (انظر مارافان ص ٧٧ — بلانيول وريبير وإسمان ٧ ص ٥٠ — ديموج ٣ فقرة ١٧١) . (ب) إذا وفى شخص دين غيره ، فترك الدائن الذى استوفى حقه دعواه تسقط بالتقادم . فإذا أخذنا هنا بالرأى المعارض لم يجز لمن وفى بالدين أن يرجع على المدين الحقيق بدعوى الإثراء لأن الإثراء قد زال وقت رفع الدعوى بتقادم الدين . ولما كان هذا الحل غير مستساغ فقد جرى النص على خلافه (انظر المـادة ١٨٤ من التقنين المدنى الجديد — وانظر أيضاً المادة ١٤٨/٢٠٩ من القانون المدنى القديم والمادة ١٣٧٧ من القانون الفرنسى) . (جـ) على أن الرأى المعارض ليس دائماً فى صالح المثرى ، بل قد ينقلب حرباً عليه إذا كان الإثراء قد زاد وقت رفع الدعوى ، بدلا من أن يزول أو ينقص ، ولم يجاوز مع هذه الزيادة قيمة الافتقار .

انظر الدكتور حشمت أبو ستيت فقرة ٥٤٠ ص ٣٩٤ ، وهو أميل إلى الأخذ بالرأى الذى سار عليه التقنين المدنى الجديد .

(١) ولما كان القضاء والفقه فى ظل القانون المدنى القديم قد جريا على أن تقدير الإثراء يكون وقت رفع الدعوى لا وقت تحقق الإثراء ، فإن التقنين المدنى الجديد — وقد أتى بحكم مخالف — لا يكون له أثر رجعى فى هذه الحالة . فلو أن الإثراء هو زيادة فى منزل المثرى بفعل المفتقر ، وتحقق هذا الإثراء =

وبعد فقد رأينا أن دعوى الإثراء تحررت فى التقنين المدنى الجديد من آخر ما كان يغلها من قيود ، وهى بعد هذا التحرر قد تركت لمصيرها. فهل يكون هذا المصير هو مصير المسئولية التقصيرية ، إذ كانت فى القديم محصورة فى نطاق ضيق ، ثم أطلقت من قيودها ، فتطورت واتسعت حتى أصبحت قاعدة عامة تنبسط على جميع نواحى القانون[١] ؟

إن دعوى الإثراء فى حاجة إلى مثل هذا التطور ، إذ لا تزال هناك حالات خاصة تقوم إلى جانب القاعدة العامة فى الإثراء ، كحالات الالتصاق وحالات المصروفات الضرورية والنافعة ، وتبقى هذه الحالات فى نطاقها الخاص ، وتبقى بجانبها دعوى الإثراء فيما يجاوز هذا النطاق . كل هذا حتى يأتى اليوم الذى تتقلص فيه هذه الحالات الخاصة ، فتبتلعها القاعدة العامة فى الإثراء ، كما ابتلعت القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية الحالات الخاصة فى الجنح المدنية .

هذه هى سياسة التقنين المدنى الجديد : أن تبرز قاعدة الإثراء إلى جانب قاعدة الخطأ وإلى جانب قاعدة العقد . فتصبح مثلهما مصدراً مستقلا للالتزام .

الفرع الثانى

أحكام الإثراء بلا سبب

٧٨٥ — الدعوى والجزاء : إذا توافرت الأركان التى قدمناها فى قاعدة الإثراء بلا سبب ، ترتبت أحكام هذه القاعدة ، ووجب على المثرى تعويض المفتقر .

فالتعويض إذن هو جزاء الإثراء بلا سبب . ودعوى الإثراء هى الطريق إلى هذا الجزاء .

= قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى قبل نفاذ التقنين الجديد ، واحترق المنزل بعد هذا التاريخ ، فإن المفتقر لا يرجع بشىء على المثرى تطبيقاً للقانون القديم .

(١) انظر ريبير فى القاعدة الخلقية ص ٩٠ — ص ٩١ .

ونستعرض فى مبحثين متعاقبين — كما فعلنا فى المسئولية التقصيرية — الدعوى والجزاء .

المبحث الأول

الدعوى

نستعرض فى الدعوى ما يأتى : ١) طرفى الدعوى . ٢) الطلبات والدفوع . ٣) الإثبات ٤) الحكم .

§ ١ — طرفا الدعوى

(١) المدعى :

٧٨٦ — من يكون المدعى : المدعى هو المفتقر ، فهو وحده الذى يحق له أن يطالب بالتعويض . ويقوم مقامه النائب والخلف .

ونائب المفتقر ، إذا كان هذا قاصراً ، هو وليه أو وصيه، وإذا كان محجوراً هو القيم ، وإذا كان مفلساً هو السنديك ، وإذا كان وقفاً هو ناظر الوقف وإذا كان المفتقر رشيداً بالغاً فنائبه هو الوكيل .

والخلف هو الوارث أو الدائن ، وهذا هو الخلف العام ، والمحال له وهذا هو الخلف الخاص . فإذا مات المفتقر حل وارثه محله فى المطالبة بالتعويض . ويجوز لدائن المفتقر أن يطالب المثرى بالتعويض مستعملا حق المفتقر عن طريق الدعوى غير المباشرة . ويصح أن ينزل المفتقر عن حقه فى التعويض إلى شخص آخر فيصبح المحال له هو دائن المثرى .

٧٨٧ — أهلية المدعى : ولا يشترط فى المفتقر أهلية ما . فناقص الأهلية — الصبى المميز والسفيه وذو الغفلة — يصح أن يفتقر بأن يثرى شخص على حسابه دون سبب

قانونى ، فيصبح ناقص الأهلية دائناً للمثرى . بل قد يكون المفتقر عديم الأهلية ، كالصبى غير المميز والمعتوه والمجنون ، فيثرى شخص على حساب أحد من هؤلاء دون سبب قانونى ، فيصبح عديم الأهلية دائناً للمثرى بالتعويض(١) .

٧٨٨ — *تعدد المدعى* : وقد يتعدد المفتقر ، كما لو أثرى شخص على حساب شركاء فى الشيوع ، فيصبح هؤلاء الشركاء دائنين للمثرى ، كل منهم بقدر نصيبه فى التعويض . ولا تضامن بينهم ، بل لكل منهم دعوى مستقلة عن دعاوى الآخرين ، ويقدر القاضى تعويض كل على حدة ، وذلك لعدم ورود نص على التضامن فى هذه الحالة(٢) .

(ب) المدعى عليه :

٧٨٩ — *من يكون المدعى عليه* : المدعى عليه هو المثرى ، فهو وحده المسئول عن تعويض المفتقر ، ويقوم مقامه فى المسئولية النائب والخلف .

فإذا كان قاصراً كان نائبه هو وليه أو وصيه ، وإذا كان محجوراً كان النائب هو القيم ، وإذا كان مفلساً فالسنديك ، وإذا كان وقفاً فالناظر(٣) ، وإذا كان رشيداً بالغاً فالوكيل .

وخلف المثرى هو وارثه ، ولكنه لا يرث التركة فى الشريعة الإسلامية إلا بعد سداد الديون . فتركة المثرى تكون هى المسئوله عن تعويض المفتقر ، وأى وارث ترفع عليه الدعوى يمثل التركة ويجوز أن يكون الخلف هو شخص محال عليه بالدين ، كمتجر مدين

---

(١) [انظر بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٧٥٩ ص ٣٧٣] .

(٢) وقد ورد نص على التضامن فى حالة تعدد الفضولى (م ١٩٢ فقرة ٣) ، وسيأتى بيان ذلك .

(٣) ويكون الوقف مسئولا عن إثرائه بدون سبب قانونى ، وتتحدد مسئوليته عن التعويض بأقل قيمتى الإثراء والافتقار . والظاهر أن التنفيذ بهذا التعويض على المال الموقوف يقع على قيمة الإثراء التى التحقت بالوقف . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا لم يقم الدليل القاطع على أن إنشاء الوقف هو السبب المباشر فى إيقاع الضرر بدائنى الواقف ، لم يكن هناك محل لقبول الدعوى البولصية من دائن سابق على إنشاء الوقف . ولكن إذا أثرى الوقف بسبب توريدات أو أعمال قام بها الدائن للعقار الموقوف ، ولم يستوف الدائن حقه ، ولم يتمكن من استيفائه بسبب إعسار الواقف ، جاز الرجوع على الوقف بدعوى الإثراء (استئناف مختلط فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥) .

عن طريق الإثراء يباع وتحال ديونه على المشترى وفيها هذا الدين ، فيكون المسئول عن التعويض فى هذه الحالة هو المشترى للمتجر باعتباره خلفاً خاصاً .

٧٩٠ — أهلية المدعى عليه : أتى التقنين الجديد ، كما رأينا ، بنص صريح فى هذه المسألة ، فقضت المادة ١٧٩ بأن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم ... » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ولا يشترط فى المثرى توافر أهلية ما ، فيجوز أن يلتزم غير المميز بمقتضى الإثراء »[1] .

ولا شك فى أن هذا الحكم هو الذى يتفق مع المنطق القانونى السليم . وإذا كان الملتزم بالعقد يشترط فيه التمييز بل يشترط فيه بلوغ سن الرشد فى عقود التصرفات ، فذلك لأنه يلتزم بإرادته ، والإرادة تقوم على التمييز على تفاوت فى درجاته تبعاً لخطر العقد . وإذا كان الملتزم بالعمل غير المشروع يشترط فيه هو أيضاً التمييز ، فذلك لأن مسئوليته تقوم على الخطأ والتمييز هو ركنه المعنوى ، ومن ثم جاءت مسئولية عديم التمييز عن العمل غير المشروع استثناء مستنداً إلى نص فى القانون كما قدمنا . أما الملتزم بمقتضى الإثراء بلا سبب فهو إنما يلتزم لا بمقتضى إرادته ولا استناداً إلى خطأ صدر منه حتى نتطلب فيه التمييز ، بل إن مصدر التزامه هو واقعة قانونية (fait juridique) ، هى واقعة الإثراء ، فمتى تحققت هذه الواقعة ترتب الالتزام فى ذمته دون نظر إلى أنه مميز أو غير مميز . غير أن المثرى ، إذا لم يكن كامل الأهلية ، لا يحاسب إلا على ما انتفع به فعلا . فإذا فقد شيئاً مما جناه من ربح أو فائدة ، فلا يحسب ما فقده من ذلك فى تقدير إثرائه[2] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤١ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٠ يونية سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٣٣ . وفى حكم آخر قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون يقضى فى الإثراء بلا سبب أن ناقص الأهلية إذا أبطل العقد يبقى ملتزماً بمقتضى الإثراء ، على أن الرد لا يشمل كل ما تسلمه ، بل يقتصر على ما خلص له من نفع محقق دون زيادة وعلى الفائدة التى جناها فعلا من وراء التزاماته . وكل من النفع والفائدة لا وجود له فى حالة ما إذا أعطى سفيه مالا حاجة له به إطلاقاً نظراً لما يملكه من الموارد الشخصية (استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٩) . [وانظر أيضاً دى باج جـ ٣ بند ٩ ص ٦١ — ٦٢] .

٧٩١ — تعدد المدعى عليه : وقد يتعدد المثرى كما لو أثرى شركاء فى الشيوع على حساب الغير ، فيصبح هؤلاء مدينين للمفتقر بالتعويض . ولا يكونون مسئولين بالتضامن ، بل يكون كل منهم مسئولا بقدر نصيبه أى بأقل القيمتين : إثرائه هو وافتقار الدائن الذى نشأ عنه هذا الإثراء . ويقدر القاضى هذا النصيب كما يفعل عند تعدد المفتقر فيما مر بنا . وانتفاء التضامن عند تعدد المثرى كانتفاء التضامن عند تعدد المفتقر يرجع إلى عدم ورود نص على التضامن[1] .

§ ٢ — الطلبات والدفوع

(تقادم دعوى الإثراء)

(١) طلبات المدعى :

٧٩٢ — يطلب المدعى تعويضاً عما لحق به من افتقار فى حدود ما نال المدعى عليه من إثراء . هذا هو مايطلب المدعى، وهـذا هو ما يميز دعوى الإثراء عن دعوى استرداد

---

(١) وقد طبقت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المبدأ فى دفع غير المستحق (إستئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٢٤) — ومع ذلك فقد انحرفت عن المبدأ وقضت بالتضامن فى حالة الإثراء بلا سبب (١٣ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨٥) . وقضت كذلك بالتضامن فى الفضالة عند تعدد رب العمل (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٧) — وكان الواجب ألا يحكم بالتضامن فى هاتين الحالتين (أنظر مارافان ص ١٥٧ — وقارن فرانسوا جوريه ص ٣١٨ ومحكمة النقض الفرنسية فى ٤ مايو سنة ١٨٥٩ سيريه ٥٩ — ١ — ٣٧٧) .

وليس ثمة شك فى التقنين الجديد — كما لم يكن هناك شك فى القانون القديم — أن التضامن لا يكون إلا بناء على اتفاق أو نص فى القانون . وقد نصت المادة ٢٧٩ (جديد) على أن « التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض ، وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون » . ولا يوجد اتفاق على التضامن بين المثرين أو المفتقرين إذا تعددوا ، ولم يرد نص على التضامن إلا فى حالة واحدة هى حالة تعدد الفضولى (م ١٩٢ فقرة ٣) وقد سبقت الإشارة إليها . ويخلص من ذلك بوضوح أن التقنين الجديد ، كالقانون القديم ، يقضى بعدم التضامن إذا تعدد المثرى أو تعدد المفتقر (راجع مارافان ص ١٥٨) .

غير المستحق ودعوى الفضالة . وإذا كانت الدعويان الأخيرتان ليستا إلا صورتين خاصتين من الدعوى الأولى ، إلا أن هذه الدعاوى الثلاث كل منهما مستقل عن الآخر .

ويترتب على ذلك أن المفتقر إذا تقدم كفضولى أو كدافع لغير المستحق وخسر دعواه ، فلا شيء يمنع من أن يتقدم ثانية بدعوى الإثراء بلا سبب . ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضى ، لأن سبب الدعوى الأولى وهو الفضالة أو دفع غير المستحق يختلف عن سبب الدعوى الثانية وهو الإثراء بلا سبب[1]

(ب) دفوع المدعى عليه :

٧٩٣ — كيف يدفع المدعى عليه الدعوى : يدفع المثرى دعوى الإثراء بأحد أمرين : إما بانكار قيام الدعوى ذاتها ، فيدعى أن ركناً من أركانها الثلاثة — الإثراء أو الافتقار أو انعدام السبب — لم يتوافر . وإما أن يقر بأن الأركان قد توافرت ولكن التزامه انقضى بسبب من أسباب انقضاء الالتزام ، فيدعى مثلا أنه وفى المفتقر مايستحق من تعويض ، أو أنه اصطلح معه ، أو أن مقاصة وقعت ، أو أن المفتقر أبرأ ذمته ، أو أن دعوى الإثراء انقضت بالتقادم .

---

(١) ويترتب على ذلك أيضاً أن المدعى إذا استند فى دعواه إلى الفضالة ، فلا يجوز له لأول مرة أمام محكمة النقض أن يستند إلى دعوى الإثراء بلاسبب . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بما يأتى : « إذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بما أنفقه المدعى فى تكملة بناء على أرض المدعى عليهم اعتماداً على تكليف شفوى من أحدهم ، وأسس المدعى دعواه أولا على الوكالة ثم على الفضالة ، ورفضت المحكمة الدعوى بناء على أن الوكالة المدعاة لا يمكن إثباتها بالبينة وعلى أن المدعى لا يعتبر فضولياً لعدم توافر شرائط الفضالة بالنسبة له ، فلا يقبل من المدعى أن يطعن بطريق النقض فى هذا الحكم على أساس مخالفته المادة ٦٥ من القانون المدنى بمقولة إن مبنى طعنه هو من الأسباب القانونية الصرف التى يجوز إبداؤها لأول مرة أمام محكمة النقض ، ذلك لأن هذا الطعن فضلا عما فيه من تغيير للأساس المرفوعة به الدعوى فإن عناصره الواقعية لم تكن عرضت على محكمة الموضوع لبحثها حتى يتسنى لمحكمة النقض أن تنظر فيه (نقض ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٠ ص ٢٩٧) . كما قضت محكمة النقض بعدم جواز التمسك لأول مرة أمامها بالفضالة ، فقالت فى ذلك : « لا يصح التمسك أمام محكمة النقض بأن المدعى إنما كان فضولياً فى الدعوى المرفوعة منه إلا إذا كان ذلك قد عرض على محكمة الموضوع » (نقض ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٦ ص ٢٩٤)

٧٩٤ — الدفع بالتقادم : وتطبق القواعد العامة في كل ما تقدم . والذى يعنينا الوقوف عنده قليلا هو الدفع بالتقادم . فقد أدخل التقنين المدنى الجديد تعديلا جوهرياً في هذا الصدد . وبعد أن كانت دعوى الإثراء لاتتقادم إلا بخمس عشرة سنة ، صارت الآن تتقادم أيضاً بثلاث سنوات على التفصيل الآتى :

نصت المادة ١٨٠ من التقنين الجديد على أنه « تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق »[1].

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ينشىء المشروع فى هذا النص تقادماً قصيراً مدته ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى المطالبة بالرد أو بالتعويض ، ويقف على شخص من يلزم بذلك . وقد نص على هذا التقادم القصير إلى جانب التقادم بالمدة الطويلة . ويبدأ سريانها من اليوم الذى ينشأ فيه الالتزام »[2].

وقد جرى التقنين الجديد فى هذه المسألة على عادته من إنشاء تقادم قصير لالتزام

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٤٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : وتسقط بالتقادم دعوى التعويض عن الإثراء ... » بإضافة لفظ « بالتقادم » . وقد أقرتها لجنة المراجعة على أصلها ، ووافق عليها مجلس النواب دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة عليها مع حذف كلمة « بالتقادم » لأنها مفهومة من النص . ووافق مجلس الشيوخ على المادة بالصيغة التى قدمتها له لجنة القانون المدنى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٤ — ص ٤٤٥) .

التقنينات المدنية العربية : السورى م ١٨١ (مطابق) — الليبى م ١٨٣ (مطابق) — العراق م ٢٤٤ (موافق) — اللبنانى لامقابل .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٤ . وانظر أيضاً المادة ٦٧ من قانون الالتزامات السويسرى .

لا ينشأ من إرادة صاحبه . وقد رأينا أنه فعل ذلك فى المسئولية التقصيرية ، وسنراه يفعل ذلك أيضاً فى دعوى استرداد غير المستحق ودعوى الفضالة . ذلك أن الالتزام الذى ينشأ مستقلا عن إرادة الملتزم متى علم به صاحبه لا يبقيه القانون المدة التى يبقى فيها التزاماً أنشأته إرادة الملتزم ، فالثانى دون الأول هو الذى ارتضاه المدين .

ويتبين من النص الذى قدمناه أن دعوى الإثراء بلا سبب تتقادم بأقصر المدتين الآتيتين :

(١) ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المفتقر بحقه فى التعويض . وهو لا يعلم بحقه فى التعويض إلا إذا علم ما أصابه من افتقار ترتب عليه إثراء الغير وعرف هذا الغير الذى أثرى على حسابه . فلا يبدأ سريان التقادم فى حالتنا هـذه من يوم قيام الالتزام فى ذمة المثرى ، بل من اليوم الذى علم فيه المفتقر بافتقاره وبمن أثرى على حسابه . وبذلك يكون على بينة من أمره فيتدبر الموقف ، وينظر فى رفع الدعوى فى خلال هذه المدة .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . ويبدو لأول وهلة أن الدعوى تتقادم بالمدة الأولى القصيرة قبل تقادمها بهذه المدة الطويلة . وهذا صحيح فى الكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن يقع أحياناً أن المفتقر لا يعلم بافتقاره وبمن أثرى على حسابه إلا بعد مدة من يوم قيام الالتزام ، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة فإن الدعوى تتقادم بانقضاء المدة الطويلة — خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام — قبل تقادمها بانقضاء المدة القصيره وهى ثلاث سنوات تبدأ بعد انقضاء أكثر من اثنتى عشرة سنة من يوم قيام الالتزام ، فلا تنقضى إلا بعد انقضاء مدة الخمس العشرة سنة . وهذا ما قدره التقنين الجديد فاحتاط له . ولم يغفل أن يورد المدة الطويلة إلى جانب المدة القصيرة ليجعل الالتزام يتقادم بأسرعهما انقضاء[1] .

---

(١) أما بالنسبة إلى الالتزامات التى نشأت فى ظل القانون القديم ، وكان مصدرها الإثراء بلا سبب أو دفع غير المستحق أو الفضالة ، فيرجع فيما إذا كانت مدة التقادم القصيرة التى قررها التقنين الجديد هى التى تسرى إلى ما سبق أن قررناه فى هذا الشأن فى صدد التقادم فى بطلان العقد وفى صدد التقادم فى العمل غير المشروع (أنظر آنفاً فقرة ٣٢٣) .

§ ٣ — الإثبات

(١) عبء الإثبات :

٧٩٥ — يقع عبء الإثبات على الدائن وهو المفتقر . فهو الذى يطلب منه إثبات قيام الالتزام فى ذمة المدين وهو المثرى[١] .

فعلى المفتقر إذن أن يثبت أن هناك إثراء فى جانب المثرى ومقدار هـذا الإثراء . ويستوى بعد ذلك أن يكون هذا الإثراء بقى قائماً إلى يوم رفع الدعوى أو أن يكون قد زال ، وقد تقدم بيان ذلك .

وعليه أيضاً أن يثبت أن هناك افتقاراً فى جانبه ترتب عليه إثراء المثرى ومقدار هذا الافتقار .

وعليه أخيراً أن يثبت أن الإثراء ليس له سبب قانونى . إذ أن الإثراء يفرض فيه أن له سبباً قانونياً ، ولا يكلف المثرى إثبات هذا السبب . فإذا ادعى المفتقر ألا سبب للاثراء فعليه هو أن يثبت ذلك . وهناك رأى مرجوح يذهب إلى أن المفتقر إذا أثبت افتقـاره وإثراء الغير فانه يفرض ألا سبب للاثراء ، وإذا ادعى المثرى أن هناك سبباً قانونياً لإثرائه فعليه هو أن يثبت ذلك[٢] .

---

(١) استئناف مختلط فى ٧ يونية سـنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٠٧ . [وانظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٥٤ ص ٣٢١ ودى باج جـ ٣ بند ٤٢ ص٥٦] .

(٢) انظر فى هذه المسألة فرانسوا جوريه فى الإثراء على حساب الغير باريس ١٩٤٩ ص ٣١٦ — ص ٣١٧ ، أما من الناحية العملية فإن وجود سبب للاثراء أو انعدام هذا السبب إنما يكون عن طريق قرائن قضائية متعاقبة تنقل عبء الإثبات من المفتقر إلى المثرى ثم من المثرى إلى المفتقر وهكذا . [وإذا كان سبب الإثراء الذى يدعى المثرى وجوده تصرفاً قانونياً فإنه يخضع فى إثباته للقواعد العامة : مارتى ورينو المرجع السابق بند ٣٥٤ ص ٣٢١ والمراجع التى أشار إليها — دى باج جـ ٣ بند ٤٢ ص ٥٦ — ٥٧] .

(ب) وسائل الإثبات :

٧٩٦ — لما كانت أركان دعوى الإثراء — الإثراء والافتقار وانعدام السبب كلها وقائع مادية ، فإنه يصح إثبات هذه الوقائع بجميع وسائل الإثبات ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن .

فيجوز للمفتقر أن يثبت بالمعاينة وبتقدير الخبراء وبشهادة الأطباء وبأقوال الشهود وبالقرائن الأركان الثلاثة التى يقع عليه عبء إثباتها .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن الإثراء إذا كان سببه عقداً تزيد قيمته على عشرة جنيهات فيجب إثبات العقد بالكتابة أو بما يقوم مقامها وفقاً لقواعد الإثبات المقررة فى العقود[1] . ولكن إذا كان العقد هو سبب الإثراء فإنه يغلب أن يكون قد انطوى على سبب قانونى لهذا الإثراء ، فلا تتوافر أركان القاعدة ، ولا يترتب فى ذمة المثرى التزام .

§ ٤ — الحكم

(١) الطعن فى الحكم بطريق النقض :

٧٩٧ — طريق الطعن فى الحكم : لا يختلف الحكم الصادر فى دعوى الإثراء عن سائر الأحكام من حيث طرق الطعن فيه . وطرق الطعن العادية هى المعارضة والاستئناف . والطرق غير العادية للطعن هى التماس إعادة النظر ومعارضة الشخص الذى يتعدى إليه الحكم والنقض .

---

(١) فرانسوا جوريه ص ٣١٦ .

ويعنينا هنا طريق الطعن بالنقض ، فنرسم الخطوط الرئيسية لما يعتبر فى قاعدة الإثراء من القانون فيخضع لرقابة محكمة النقض ، وما يعتبر من الواقع فلا يخضع لهذه الرقابة . ونتناول — كما فعلنا فى المسئولية التقصيرية — أركان قاعدة الإثراء الثلاثة : الإثراء والافتقار وانعدام السبب القانونى .

٧٩٨ — الإثراء : لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما تسجله محكمة الموضوع من الوقائع المادية التى يقدمها المدعى لإثبات ركن الإثراء ، ماصح عندها من ذلك وما لم يصح . أما التكييف القانونى لما صح عندها وقوعه ، وهل هو يعتبر إثراء ، وهل هذا الإثراء إيجابى أو سلبى ، مباشر أو غير مباشر ، مادى أو معنوى ، وهل يجب أن يكون قائماً وقت رفع الدعوى أو أن ذلك غير واجب ، فكل هذا من مسائل القانون يخضع لرقابة محكمة النقض . وتقدير مدى الإثراء وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع لمحكمة الموضوع فيه القول الأخير لاتعقب عليه محكمة النقض .

٧٩٩ — الافتقار : ولا رقابة لمحكمة النقض فيما تقرره محكمة الموضوع من وقائع مادية فى شأن الافتقار . ولكن تكييف هذه الوقائع من الناحية القانونية المرجع الأخير فيه إلى محكمة النقض . ويخضع لرقابتها اعتبار ماصح عند محكمة الموضوع من الوقائع افتقاراً وهل هو افتقار إيجابى أو سلبى مباشر أو غير مباشر ، مادى أو معنوى ، ووجوب قيام السببية المباشرة مابين الإثراء والافتقار هو من مسائل القانون ، أما قيامها فعلا فى حالة بالذات فمسألة واقع ينظر فيها إلى كل حالة على حدة ، وتقدر بملابساتها وظروفها كما سبق القول ، وتقدير مدى الافتقار وتقويمه بمبلغ معين من المال هو من مسائل الواقع كما فى تقدير مدى الإثراء وتقويمه بالمال .

٨٠٠ — انعدام السبب : ويعتبر من مسائل القانون — ومن مسائله الدقيقة — تحديد معنى السبب ومتى يكون القانون أو العقد سبباً قانونياً للاثراء .

كذلك القول بأن دعوى الإثراء دعوى أصلية لا دعوى احتياطية هو من مسائل القانون .

ويمكن القول بوجه عام — هنا كما فى المسئولية التقصيرية — أن ما تسجله محكمة الموضوع من وقائع مادية فى شأن الأركان الثلاثة لدعوى الإثراء لا تعقب عليه محكمة النقض . أما التكييف القانونى لهذه الوقائع ، ويدخل فى ذلك مايجب توافره من شروط وما يترتب من أثر ، فإنه يعتبر من المسائل القانونية التى تكون فيه محكمة النقض هى المرجع الأعلى .

(ب) الآثار التى تترتب على الحكم :

٨٠١ — الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض : الحكم فى دعوى الإثراء ، كالحكم فى دعوى المسئولية التقصيرية ، ليس هو مصدر حق المفتقر فى التعويض، ولكنه يقوم هذا الحق ويقويه . فالحكم ليس إلا مقرراً لهذا الحق ، لامنشئاً له . وحق المفتقر فى التعويض إنما نشأ من واقعة مادية ، هى واقعة الإثراء المترتبة على واقعة الافتقار دون أن يكون لذلك سبب قانونى وبمجرد أن يتحقق سبب الالتزام يترتب الالتزام فى ذمة المدين .
ومن ذلك نستخلص النتائج الآتية :

(١) تحديد مدى التزام المثرى — أى تحديد قيمة الإثراء وقيمة الافتقار لإعطاء المفتقر أقل القيمتين — تكون العبرة فيه فى الأصل بوقت قيام الالتزام لا بوقت رفع الدعوى ولا بوقت صدور الحكم . وهذا هو ماقررناه فى تحديد قيمة الإثراء . أما قيمة الافتقار فهناك اعتبارات تجعلنا ننظر فى تحديدها إلى وقت صدور الحكم ، وسنبين ذلك فيما يلى .

(٢) لما كان حق المفتقر ينشأ من وقت وقوع الإثراء لامن وقت صدور الحكم ولا من وقت رفع الدعوى ، فإن له أن يتقاضى إلى جانب حقه فى التعويض الأصلى تعويضاً عن

التأخير . ولكن هذا الحق فى التعويض عن التأخير يتوقف على الإعذار[١] ، لأن المادة ٢١٨ تقضى بأنه لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين[٢] .

(٣) يجوز للمفتقر — وقد ثبت حقه منذ وقوع الإثراء — أن يتصرف فى هذا الحق دون انتظار الحكم بل وقبل رفع الدعوى . فله منذ ثبوت حقه أن يحوله إلى الغير ، ولدائن المفتقر أن يوقع حجزاً على هذا الحق تحت يد المثرى ، كما أن للمفتقر أن يوقع حجزاً تحت يد مدين المثرى منذ ثبوت حقه . وإذا أفلس المثرى بعد وقوع الإثراء وقبل صدور الحكم دخل المفتقر فى التفليسة مع سائر الدائنين .

(٤) يسرى التقادم — ومدته ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما قدمنا — منذ وقوع الإثراء وعلم المفتقر به وبالمثرى أو منذ وقوع الإثراء على حسب الأحوال ، لأن الحق فى التعويض قد وجد . ولا يتأخر سريان التقادم إلى وقت صدور الحكم ، بل إن صدور الحكم من شأنه أن يقيم تقادماً من نوع جديد محل التقادم القديم على ما سنرى .

٨٠٢ — الحكم يقوم الحق فى التعويض ويقويه : وإذا كان الحكم ليس هو مصدر الحق فى التعويض ، إلا أنه هو الذى يقوِّم هذا الحق ، ويغلب أن يقوِّمه بمبلغ معين من النقود .

والحكم لا يقتصر على تقويم الحق ، بل هو يقويه أيضاً كما رأينا فى الحكم الصادر فى المسئولية التقصيرية . فهو يجعل الحق غير قابل للسقوط بالتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم (م ٣٨٥ فقرة ٢) . ومتى أصبح الحكم واجب التنفيذ فإنه يجيز

---

(١) وهذا بخلاف الوكالة (م ٧١٠) والفضالة (م ١٩٥) ، فالوكيل والفضولى يتقاضيان الفوائد من وقت الاتفاق .

(٢) وليست حالة الإثراء من الحالات التى لا ضرورة فيها للاعذار (انظر م ٢٢٠) . فيجب إذن أن يعذر المفتقر المثرى وأن يطالبه فى الإعذار بتعويض عن التأخير . ويجب عليه أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من التأخير لأن الضرر شرط التعويض . ولا محل هنا لتطبيق النص الخاص بسعر الفائدة (م ٢٢٦) ولا لتطبيق النص الخاص بعدم اشتراط إثبات الضرر (م ٢٢٨) لأن مجال تطبيق هذين النصين مقصور على ما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت الطلب (م ٢٢٦) . انظر فى هذا الموضوع فرانسوا جوريه ص ٣١٣ .

للمفتقر أن يحصل على حق اختصاص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدين والفوائد والمصروفات (م ١٠٨٥) ، كما يجيز له أن ينفذ على أموال المدين بجميع الطرق التي عينها القانون للتنفيذ .

المبحث الثانى

الجزاء أو التعويض

٨٠٣ — التعويض هو أقل قيمتى الافتقار والإثراء : رأينا أن المادة ١٧٩ تنص على أن المثرى دون سبب قانونى على حساب شخص آخر « يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويلتزم المثرى بتعويض الدائن عما افتقر به ولكن بقدر ما أثرى . فهو يلتزم برد أقل القيمتين : قيمة ما أثرى به وقيمة ما افتقر به الدائن[1] » .

فالتعويض إذن هو أقل قيمتى الافتقار والإثراء . ولا يمكن أن يكون إلا ذلك . فإن المثرى قد أثرى على حساب المفتقر . فالتعويض لا يجوز من جهة أن يزيد على خسارة المفتقر حتى لو كان إثراء المثرى يزيد على هذه الخسارة ، لأن المفتقر لا يحق له أن يتقاضى تعويضاً يزيد على خسارته ، وإلا لكان هو بدوره مثرياً على حساب المثرى دون سبب ، ولا يجوز أن يزيد التعويض من جهة أخرى على إثراء المثرى حتى لو كانت خسارة المفتقر تزيد على هذا الإثراء ، لأننا لا نحاسب المثرى على خطأ ارتكبه فنلزمه بتعويض الخسارة كاملة ، وإنما نحاسبه على ما وقع فى يده من كسب فلا يجوز أن يرد أكثر مما كسبه ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٢ — [وانظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٥٥ ص ٣٢٢ — دى باج جـ ٣ بند ٤٤ ص ٥٨ وما بعدها وبخاصة بند ٤٧ ص ٦٠ حيث يرى فى تعويض المفتقر بأقل القيمتين دليلا على الصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء — وانظر أيضاً بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٧٥٨ وبند ١٧١٦ قبله] .

ولو أنه رد أكثر مما كسب لـكان هو بدوره مفتقراً لمصلحة المفتقر دون سبب[1] .

ونستعرض هنا مسائل ثلاثاً : (١) كيف يقدر الإثراء . (٢) كيف يقدر الافتقار . (٣) مايقترن به التعويض — وهو أقل هاتين القيمتين — من ضمانات .

§ ١ — كيف يقدر الإثراء

٨٠٤ — *اعتبارات تراعى فى تقدير الإثراء* : يراعى فى تقويم الإثراء أن يكون تقديره وقت وقوعه كما قدمنا لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحـكم مع مراعاة ما سبقت الإشارة إليه من إضافة تعويض عن التأخير على النحو الذى فصلناه .

ويراعى كذلك أن يخصم من قيمة الإثراء ماعسى أن يكون المثرى قد تكلفه من

---

(١) أما فى استرداد ما دفع دون حق وفى الفضالة فإن التعويض لا يقتصر على أقل القيمتين لأن المفتقر فى هاتين الحالتين أجدر بالرعاية من المفتقر فى دعوى الإثراء بلا سبب .

ونلاحظ فى هـذه المناسبة أن الحالات التى طبقت فيها قاعدة الإثراء بلا سبب تطبيقاً تشريعياً — ونخص منها حالة البناء فى أرض الغير (م ٩٢٤ — م ٩٢٥) وحالة المصروفات النافعة (م ٩٨٠ فقرة ثانية) — التزم المشرع فيها أن يكون التعويض هو أقل القيمتين إذا كان المفتقر حسن النية . فالبانى فى أرض الغير بحسن نية إذا ترك البنـاء فى الأرض فإن صاحب الأرض مخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل (وهذه هى قيمة الافتقار) أو أن يدفع مبلغاً يساوى ما زاد فى ثمن الأرض بسبب البناء (وهـذه هى قيمة الإثراء) . وكذلك الحال فيمن أنفق مصروفات نافعة فى ملك الغير بحسن نية . أما إذا بنى الشفيع فى العقار المشفوع وهو حسن النية (أى قبل إعلان الرغبة فى الشفعة) كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشترى أن يدفع له إما المبلغ الذى أنفقه (وهذه هى قيمة الافتقار) أو مقدار ما زاد فى قيمة العقار بسبب البناء أو الغراس (وهذه هى قيمة الإثراء) ، ولما كان المشترى هنا هو الذى يختار فهو سيختار طبعاً أعلى قيمتى الافتقار والإثراء ، وفى هذا خروج على القاعدة . أضف إلى ذلك أن المفتقر إذا كان سيىء النية فى حالة البناء فى أرض الغير وفى حالة المصروفات النافعة وفى حالة الشفيع إذا بنى بعد إعلان الرغبة فى الشفعة ، فإنه لا توجد قاعدة واحدة تسرى على التزام المثرى بالتعويض ، فإنه يدفع فى الحالتين الأوليين قيمة المنشآت مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد فى ثمن الأرض ، وفى الحالة الثالثة قيمة أدوات البناء وأجرة العمل . ومن ثم نرى أن هـذه التطبيقات التشريعية لقاعدة الإثراء على حساب الغير لم تلتزم حدود القاعدة . وقد قدمنا أن النصوص التشريعية التى وردت فى هذه الحالات هى التى يجب تطبيقها ولو خالفت القاعدة العامة . وفى هذا نرى قصور قاعدة الإثراء عن أن تشمل تطبيقاتها المتنوعة ، فهى لا تزال سائرة فى طريق التطور .

مصروفات لجلب هذا الإثراء لنفسه[1] .

ويراعى أخيراً فى التقدير ألا فرق مابين أن يكون المثرى حسن النية أو سيئها ، فالتزام المثرى لا شأن له بنيته وإنما يقوم هذا الالتزام على واقعة الإثراء فى ذاتها .

ونستعرض لتطبيق هذه المبادىء حالتين: (١) حالة ما إذا كان الإثراء ملكية وانتقلت إلى ذمة المثرى . (٢) وحالة ما إذا كان منفعة أو خدمة أو عملا أو إثراء سلبياً .

(١) الإثراء ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى[2] :

٨٠٥ — قد يكون الإثراء نقداً داخل فى ذمة المثرى أو تحسينات استحدثها المفتقر فى مال المثرى .

٨٠٦ — *هل يجوز أن يكون الإثراء عيناً تبقى فى ملكية المفتقر ؟* أما أن يكون الإثراء عيناً معينة بالذات تبقى على ملك المفتقر ولا تدخل فى ملك المثرى — كما يذهب إلى ذلك كثير من الفقهاء[3] — فلا نرى أن تكون حالة من حالات الإثراء ، إذ العين لم تدخل فى ملك المثرى ولم تخرج من ملك المفتقر ، فليس هناك إثراء ولا افتقار ، بل هى عين مملوكة لشخص انتقلت إلى حيازة شخص آخر ، وللمالك أن يستردها من الحائز بدعوى استحقاق لا بدعوى الإثراء بلا سبب[4] .

---

(١) [انظر دى باج ج ٣ بند ٤٧ ص ٦١ — مارتى ورينو ج ٢ بند ٣٥٠ ص ٣١٤] .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن بناء المسجد من ريع أعيان الوقف الذى خلفه المورث نفاذاً لوصيته ، لا يعتبر إثراء بالنسبة لوزارة الأوقاف ، إذ لا يمكن اعتبار المسجد ثروة عادت على الوقف ، إذ هو بناء خارج عن دائرة التعامل : نقض مدنى فى ١٦ من نوفبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض السنة الثانية ص ٤٣ رقم ٨] .

(٣) انظر فرانسوا جوريه ص ٣١٤ ومارافان ص ١٥٠ .

(٤) ونحن نؤثر هذا التكييف على القول بأن هناك إثراء وافتقاراً ولكن دعوى الإثراء تجبها دعوى الاستحقاق ، فنحن لا نقول بالصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء (انظر من أنصار الرأى الذى ننقده فرانسوا جوريه ص ٣١٥ — ص ٣١٦) — [ويرى دى باج أن الرد يكون عيناً حيث يتسنى ذلك : دى باج ج ٣ ص ٥٩ بند ٤٦] .

٨٠٧ — الإثراء نقد دخل فى ذمة المثرى : إذا كان الإثراء نقداً دخل فى ذمة المثرى ، كما إذا استولى هذا على مبلغ من النقود مملوك للمفتقر سواء كان فى هذا الاستيلاء حسن النية أو سيئها[١] . فإن قيمة الإثراء هو مبلغ هـذا النقد ، وينظر فيه إلى قدره العددى ارتفع سعر النقد أو انخفض . أما الفوائد فلا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية مادام مبلغ النقد المطلوب استرداده بدعوى الإثراء معلوم المقدار وقت الطلب[٢] . يلاحظ أن المثرى إذا كان غير كامل الأهلية فلا يكون إثراء بالنسبة إليه ما أضاعه من هذا النقد فى غير منفعة.

٨٠٨ — الإثراء تحسينات استحدثها المفتقر فى مال المثرى : تقدر قيمة هـذه التحسينات بما زاد فى مال المثـــــرى بسببها وقت الاستحداث ، لا بمـا أنفقه المفتقر فى استحداثها لأن هذه هى قيمة الإفتقار لا قيمة الإثراء . مثل ذلك أعمال الترميمات[٣] . وتوريد المواد اللازمة لهذه الأعمال[٤] . وبناء طبقات جديدة[٥] .

(ب) الإثراء منفعة أو خدمة أو عمل أو إثراء سلبى :

٨٠٩ — الإثراء : قد يكون الإثراء منفعة حصل عليها المثرى كما لو سكن منزلا

---

(١) [انظر دى باج ج ٣ بند ٤٤ ص ٥٨ وبند ٥٠ ص ٦٣ — وهو يقرر أنه لا أثر لحسن النية أو سوئها فى الالتزام بالرد لأنه التزام قانونى لا محل فيه لإعفاء المثرى حسن النية — وإنما يؤثر سوء النية على مقدار التعويض وعلى تاريخ استحقاق الفوائد عنه وعلى المسئولية عن الهلاك إذا كان محل الالتزام بالرد عيناً معينة] .

(٢) انظر فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ — محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ ص ٩٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣١٥ .

(٤) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٤٥ .

(٥) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ ص ١٥٦ — ويشترط أن تكون التحسينات ضرورية أو نافعة ولا يكفى أن تكون كمالية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٢٢) ، وأن تكون المصروفات أنفقت على العين مباشرة (محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة ٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥) .

دون عقد إيجار[١] . وكما لو استهلك نوراً أو ماء عن طريق أسلاك أو مواسير خفية[٢] فتقوم المنفعة بأجرة المثل للمنزل أو بثمن النور والماء وفقاً للسعر الذى حدد ته شركة النور أو شركة الماء . ولا عبرة بأن يكون المثرى حسن النية أو سيئها ، ولا بأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى[٣] .

٨١٠ — الإثراء خدمة أو عمل : وقد يكون الإثراء خدمة أو عملا قدمه المفتقر إلى المثرى . مثل ذلك النسابة الذى يكشف عن إرث خفى ، والموظف الفنى الذى يجد اختراعاً يفيد منه رب العمل ، والسمسار الذى يقرب مابين البائع والمشترى ولكنهما يعقدان الصفقة دون وساطته ، والمهندس الذى يضع تصميماً ينتفع به رب العمل . ففى كل هذه الأحوال تقوم الفائدة التى عادت على المثرى من وراء هذه الخدمة أو هذا العمل . فالنسابة جعل الوارث يثرى بقدر الإرث لو تبين من الظروف أن الوارث ما كان يستطيع وحده أن يكشفه . ورب العمل يثرى بقدر ما أصاب من نفع بفضل اختراع الموظف الفنى . وكل من البائع والمشترى يثرى بقدر ماعادت عليه الصفقة من فائدة . ورب العمل الذى انتفع من تصميم المهندس يثرى بقدر ما كان يدفع للمهندس من أجر على عمله . ولاضرورة فى كل هذه الأحوال لأن يكون الإثراء قائماً وقت رفع الدعوى .

٨١١ — الإثراء سلبى : وقد يكون الإثراء سلبياً ، كما لو دفع شخص ديناً على آخر ، أو قدم النفقة لزوجة تجب لها النفقة على زوجها ، أو أتلف متاعاً له لينقذ منزل

---

(١) استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٣٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٧٠ — هذا وقد يعتبر النور والماء منفعة تستخلص من الأسلاك والمواسير ، والأولى أن يعتبرا مالا قائماً بذاته استهلكه المثرى فدخل فى ذمته ، فيكون مثل النور والماء مثل الإثراء لا عن طريق منفعة استهلكت بل عن طريق ملكية انتقلت إلى ذمة المثرى .

(٣) وفى هذه الأمثلة التى قدمناها على الإثراء عن طريق المنفعة نرى أن الإثراء لا يكون بالضرورة قائماً وقت الدعوى لأن المنفعة قد استهلكت قبل ذلك .

جاره من الحريق . ففي هذه الأحوال يكون المدين قد أثرى بقدر الدين الذى دفعه عند المفتقر ، والزوج بقدر النفقة التي كانت واجبة عليه ، والجار بقدر ما أو شك من ماله أن يحترق[1] . ولا عبرة هنا أيضاً بقيام الإثراء وقت رفع الدعوى .

§ ٣ — كيف يقدر الافتقار

(ا) تقدير مدى الافتقار :

٨١٢ — ويقدر مدى الافتقار على النحو الذى يقدر به مدى الإثراء . فإذا كان الافتقار نقداً فإن مدى الافتقار هو عين مدى الإثراء ، ذلك أن مقدار النقد الذى دخل فى ذمة المثرى هو عين مقدار النقد الذى خرج من مال المفتقر . ويكون التعويض هو هذا المبلغ وفوائده على النحو الذى بيناه عند ما يكون الإثراء نقداً دخل فى ذمة المثرى .

وإذا كان الافتقار تحسينات استحدثها المفتقر ، قدر مداه بما أنفقه المفتقر فى استحداثها ، ويعطى أقل القيمتين : ما أنفقه فى استحداث التحسينات وهذا هو مدى الافتقار ، ومازاد فى مال المثرى بسبب هذه التحسينات وهذا هو مدى الإثراء .

وإذا كان الافتقار منفعة استهلكها المثرى ، فيغلب أن يكون للافتقار والإثراء مدى واحد هو أجر هذه المنفعة ، فيعطى المفتقر قيمة هذا الأجر تعويضاً .

وإذا كان الافتقار خدمة أو عملا أداه المفتقر للمثرى ، فإن كان المفتقر محترفاً كالمحامى والموظف الفنى والسمسار قدر افتقاره بالقيمة التجارية للخدمة أو العمل . أما إذا لم يكن

---

(١) وقد قضت محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى هذا المعنى بأن الدائن الذى حجز على مال مدينه يجوز له أن يطالب بدعوى الإثراء أجنبياً انتفع من بيع هذه الأموال المحجوزة بيعاً اداريا للوفاء بضريبة كانت فى ذمته . ثم أضافت المحكمة أن دعوى الإثراء لا يبقى لها محل إذا كان هذا الأجنبى قد خصم مبلغاً يساوى المبلغ الذى انتفع به فى سداد الضريبة من دين له فى ذمة شخص كان يعتقد أن الأموال المحجوزة مملوكة له (محكمة المنصورة الجزئية المختلطة فى ١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٧) .

محترفاً فإن افتقاره يقدر بما تجشمه من نفقات وما فاته من ربح معقول بسبب قيامه بهذه الخدمة أو العمل .

ويلاحظ فى كل ماقدمنا أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة ما بين الافتقار والإثراء ، وأن يكون الافتقار لا مقابل له ، فإن كان له مقابل بأن يكون المفتقر قد جلب منفعة لنفسه من وراء هذا الافتقار فإن دعوى الإثراء لا تقوم . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(ب) وقت تقدير الافتقار :

٨١٣ — بقى أمر هام هو الوقت الذى يقدر فيه الافتقار . ويجب القول هنا أن الافتقار لا يقدر وقت تحققه كما هو الأمر فى تقدير الإثراء ، ولا وقت رفع الدعوى ، بل وقت صدور الحكم[1] . ذلك أن الافتقار فى دعوى الإثراء يقابل الضرر فى دعوى المسئولية التقصيرية . وقد رأينا فى المسئولية التقصيرية أن الضرر إذا كان قد تغير منذ وقوعه فاشتد أو خف ، فإن العبرة فى تقديره تكون بيوم صدور الحكم .

وحتى نقارب ما بين الافتقار فى دعوى الإثراء والضرر فى دعوى المسئولية التقصيرية من حيث تقدير كل منهما وقت صدور الحكم نفرض أن المفتقر وهو ينقذ منزل جاره من الحريق أصيب بحروق هى مدى افتقاره ويراد تقويمها . فإن كانت الإصابة قد اشتدت وانقلبت إلى عاهة مستديمة وقت صدور الحكم فلا شك فى أن القاضى يدخل ذلك فى حسابه عند تقدير الافتقار . كذلك لو خفت الاصابة وأصبحت أقل خطراً حسب القاضى مدى الافتقار مراعياً ما طرأ على الإصابة من تحسن . وهذا هو عين ما قدمناه فى تقدير الضرر فى دعوى المسئولية التقصيرية .

---

(١) [انظر أنور سلطان فقرة ٥٩٥ ص ٥٥٩ وقارن أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٥٨٧ ص ٥٤١ وسليمان مرقس فقرة ٥٥٠ ص ٧٥٤ وعبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٥٧ ص ٦٠٣ حيث يرون أن الافتقار لا يختلف فى طبيعته عن الإثراء فالأول يخرج من مال المفتقر والثانى يدخل فى مال المثرى وبذلك يتحدد مقدار كل منهما وقت وقوعه ومن ثم تسمح طبيعة كل منهما بأن يقدر تقديراً نهائياً وقت تحققه لا وقت رفع الدعوى ولا وقت صدور الحكم] .

ويمكن تعليل هذا الفرق فى الوقت الذى يقدر فيه الافتقار والوقت الذى يقدر فيه الإثراء بالاعتبار الآتى :

أن طبيعة الإثراء تسمح بتقديره تقديراً نهائياً وقت وقوعه ، فهو يدخل فى مال المثرى ويصبح جزءاً منه فيتحدد بذلك مقداره . ولذلك تكون العبرة فى تقديره بوقت تحققه . والمثرى ، وقد أصبح مالكاً له ، يتحمل غرمه ويكسب غنمه ، فى نقصه أو فى زيادته . أما الافتقار فكالضرر لا تسمح طبيعته بأن يقدر تقديراً نهائياً إلا وقت صدور الحكم . ذلك لأنه يخرج من مال المفتقر على وجه غير محقق . ولا يستطاع أن يعرف على وجه التحقيق مقدار ما خرج من مال المفتقر مادام الافتقار قابلا للتغير إلا فى الوقت الذى ينقطع فيه تغيره ويصبح قيمة ثابتة . وآخر وقت ممكن لذلك هو وقت صدور الحكم . وحتى بعد صدور الحكم قد يبقى الافتقار قابلا للتغير ، ولكن قوة الشىء المقضى هى التى تجعل تقدير الافتقار نهائياً لا تجوز مراجعته .

§ ٣ — ما يقترن بالتعويض من ضمانات

٨١٤ — التعويض دين شخصى لا امتياز له : إذا حدد التعويض الواجب للمفتقر ، وهو أقل قيمتى الإثراء والافتقار ، كان هذا ديناً له فى ذمة المثرى . وهو دين شخصى لا امتياز له ، لأن الامتياز لا يثبت إلا بنص فى القانون . فيتحمل المفتقر فى مال المثرى مزاحمة سائر الدائنين حتى فى القيمة التى زادت فى مال المثرى بسبب افتقار المفتقر .

٨١٥ — الحق فى الحبس : وقد يثبت فى بعض الأحوال للمفتقر الحق فى حبس مال المثرى حتى يستوفى حقه من التعويض ، وذلك إذا كانت قيمة الإثراء التى أحدثها موضوعة فى حيازته ، فله الحق فى حبسها حتى يستوفى التعويض الذى له عند المثرى تطبيقاً لنص المادة ٢٤٦ . مثل ذلك أن يستحدث المفتقر تحسينات فى أرض المثرى ، فله أن يحبس الأرض حتى يستوفى حقه فى التعويض .

الفصل الثانى

دفع غير المستحق — الفضالة

٨١٦ — صورتان متميزتان من صور الاثراء بلا سبب : للاثراء بلا سبب صورتان متميزتان عن سائر صوره هما دفع غير المستحق والفضالة .

أما إن دفع غير المستحق هو صورة متميزة من صور الإثراء فلأن المفتقر هنا يدفع ديناً ليس واجباً عليه ولكنه يعتقد أنه ملزم بدفعه ، فيرجع على المدين الحقيقى بدعوى الإثراء فى صورتها العادية ، أو يرجع على الدائن الذى دفع له الدين بدعوى غير المستحق وهذه هى الصورة المتميزة لدعوى الإثراء . ذلك أن الدائن الذى استوفى حقه قد أثرى بسبب قانونى هو الوفاء . ولما كان المفتقر قد وفى الدين عن غلط فإنه يستطيع أن يبطل الوفاء للغلط ، فيزول السبب القانونى للاثراء ، ويصبح إثراء الدائن دون سبب ، فيسترد المفتقر منه ما دفعه . ونرى من ذلك أن دفع غير المستحق هو إثراء كان له سبب . ثم انتهى إلى أن يكون بغير سبب[1] .

وإما أن الفضالة هى أيضاً صورة متميزة من صور الإثراء ، فذلك أن الفضولى وهو يفتقر ليثرى غيره قد فعل ذلك متفضلا ، عن عمد ، فكان أحق بالرعاية من المفتقر الذى لا يتعمد التفضل هذا ولهذا كانت حقوق الفضولى قبل المثرى وهو رب العمل أوسع مدى من حقوق المفتقر فى دعوى الإثراء .

ونتكلم الآن فى كل من هاتين الصورتين :

---

(١) انظر محكمة استئناف مصر فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠/٩ ص ٣٤٠ — المحاماة ٩ رقم ٥٣٥ ص٩٨٩ . وقارن محكمة الاستئناف المختلطة فى١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٣ .

الفرع الأول

دفع غير المستحق (*)

(Paiement de l'indû)

٨١٧ — قدمنا أن دفع غير المستحق يرتب للدافع فى ذمة المدفوع له التزاماً برد ما أخذ دون حق . ونتناول هذا الالتزام فى أركانه ثم فى أحكامه .

المبحث الأول

أركان دفع غير المستحق

٨١٨ — **النصوص القانونية** : نصت المادة ١٨١ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده » .

« ٢ — على أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، إلا أن يكون ناقص الأهلية ، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء » .

ونصت المادة ١٨٢ على ما يأتى :

(*) المراجع : دى هلتس الجزء الثانى Exécution-Paiement — هالتون الجزء الأول — والتون الجزء الثانى — عبد السلام ذهنى فى الالتزامات — محمد وهيبة فى الالتزامات — محمد صالح فى أصول التعهدات — الموجز فى الالتزامات للمؤلف [أحمد حشمت أبو ستيت فى مصادر الالتزام فقرة من ٥٨٩ — ٦٠٨ — عبد الحى حجازى فى مصادر الالتزام — محمد كامل مرسى فى المصادر غير العقدية — أنور سلطان فى مصادر الالتزام فقرة من ٥٩٧ — ٦٢٠ — سليمان مرقس فى مصادر الالتزام فقرة من ٥٥٢ — ٥٨٠ — عبد المنعم فرج الصدة فى مصادر الالتزام من ٥٥٩ — ٥٧٧ — على العريف : رسالة من جرينوبل سنة ١٩٥٣] — بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع — ديموج الجزء الثالث — أوبرى ورو الطبعة الخامسة الجزء السادس — بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثانى — كولان وكابيتان الجزء الثانى — جوسران الجزء الثانى . [وانظر أيضاً بيدان جـ ٩ مكرر ص ٣٣٧ بند ١٧١٧ وما بعده — دى باج جـ ٣ ص ٧ بند ١ وما بعده — مارتى ورينو جـ ٢ ص ٦٥٥ بند ٦٢٣ وما بعده] .

« يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق » .

ونصت المادة ١٨٣ على ما يأتى :

« ١ — يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل » .

« ٢ — على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل »[1] .

ويقابل هذه النصوص فى القانون المدنى القديم نص واحد هو نص المادتين ١٤٥/٢٠٦ ، ويقضى بما يأتى :

---

(١) تاريخ النصوص — م ١٨١ : ورد هذا النص فى المادة ٢٥٠ من المشروع التمهيدى — وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٦ فى المشروع النهائى — ووافق عليه مجلس النواب ، بعد استبدال كلمة « التسليم » بكلمة « الدفع » فى آخر الفقرة الثانية ، تحت رقم ١٨٦ . ووافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، بعد الاستعاضة عن كلمة « التسليم » بكلمة « الوفاء » فى آخر الفقرة الثانية فى هذه المادة وفى المواد التالية ، وأصبح رقم المادة ١٨١ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٦ — ص ٤٤٧) .

م ١٨٢ : ورد هذا النص فى المادة ٢٥١ من المشروع التمهيدى — وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٧ فى المشروع النهائى — ووافق عليه مجلس النواب ، بعد استبدال كلمة « التسليم » بكلمة « الدفع » ، تحت رقم ١٨٧ — ووافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على أن تستبدل عبارة « إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام » بعبارة « إذا كان التسليم قد تم وفاء لالتزام » ، وأصبح رقم المادة ١٨٢ — ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٨ — ص ٤٥٠) .

م ١٨٣ (انظر تاريخ النص فيما يلى) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى النظرة العامة لهذه النصوص ما يأتى : « وقد فصل المشروع الأحكام المتعلقة برد غير المستحق تفصيلا كافياً — فعين نطاق تطبيق القاعدة العامة ، وأفرد نصوصاً خاصة برد غير المستحق فى أحوال الوفاء ممن لا تتوافر له الأهلية ، أو ممن يقع تحت سلطان إكراه ، وكذلك فى أحوال الوفاء بالتزام لم يتحقق سببه ، أو زال سببه بعد تحققه . وواجه من ناحية أخرى حالة الرد عند الوفاء قبل حلول أجل الدين ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٣٩) .

التقنينات المدنية العربية : السورى م ١٨٢ — ١٨٣ (مطابق) — الليبى م ١٨٤ — ١٨٥ (مطابق) — العراق م ٢٣٣/١ و م ٢٣٦ — ٢٣٩ (مقارب) — اللبنانى ١٤٣ رقم ١٤٥ (موافق) .

« من أخذ شيئاً بغير استحقاق وجب عليه رده » .

ويتبين من مجموع هذه النصوص أن هناك حالتين لدفع غير المستحق :

(١) الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر .

(٢) الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق .

ونبحث كلا من هاتين الحالتين ، ثم نكيف في ضوء هذا البحث الالتزام برد ما أخذ دون حق .

المطلب الأول

حالتا دفع غير المستحق

§ ١ — الوفاء بدين غير مستحق من بادئ الأمر

٨١٩ — *ركناه* : تقوم هذه الحالة على ركنين : (١) دين غير مستحق وقت الوفاء به . (٢) عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلا للابطال .

الركن الأول — دين غير مستحق وقت الوفاء به :

٨٢٠ — *أسباب ثلاثة لعدم استحقاق الدين* : يجوز أن يقوم شخص بوفاء دين لم يكن مترتباً في ذمته وقت الوفاء . ويرجع ذلك إلى أحد الأسباب الثلاثة الآتية : (١) الدين منعدم من الأصل (٢) الدين مؤجل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق (٣) الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به .

٨٢١ — (١) *الدين منعدم من الأصل* : يكون الدين منعدماً من الأصل إذا لم يكن له وجود أصلا في وقت من الأوقات . مثل ذلك وارث يدفع ديناً ظن أنه على التركة ويتضح بعد ذلك ألا وجود لهذا الدين ، أو وارث ينفذ وصية لمورثه ويتضح بعد ذلك أن الموصى قد عدل عن الوصية قبل موته ، أو شخص أصاب الغير بضرر فظن نفسه

مسئولا فدفع التعويض ثم اتضح بعد ذلك أن أركان المسئولية لم تتوافر[١] .

كذلك يكون الدين منعدماً من الأصل إما بالنسبة إلى الدافع وإما بالنسبة إلى المدفوع له . فهو منعدم بالنسبة إلى الدافع إذا كان له وجود ولكنه فى ذمة غير الدافع ، فيكون الدافع قد دفع دين غيره ظاناً أنه يدفع دين نفسه[٢] . وهو منعدم بالنسبة إلى المدفوع له إذا كان مترتباً فى ذمة الدافع ولكن هذا دفعه لغير الدائن .

ويكون الدين أخيراً منعدماً من الأصل إذا كان مصدره عقداً باطلا أياً كان سبب البطلان[٣] ، أو كان الدين ليس ديناً مدنياً (obligation civile) بل ديناً طبيعياً

---

(١) هذا ما لم يكن المسئول قد صالح المضرور على مبلغ معين ، فلا يجوز له فى هذه الحالة أن يسترده ، حتى لو ظهر أن أركان المسئولية لم تتوافر . ويعتبر الدين لا وجود له أصلا إذا دفع المدين أكثر مما هو واجب عليه . فما زاد على الدين يكون غير مستحق (استئناف مختلط فى ٧ ديسمبر سنة ١٨٨٢ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٨ ص ٢٤ — وفى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) . ويعتبر الدين كذلك لا وجود له أصلا إذا تقاضى شريك أرباحاً لا يستحقها من الشركة (استئناف مختلط فى ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٦ ص ٢٣٠) ، أو تقاضت مصلحة الضرائب من أحد المولين ضريبة لا تستحقها أو أكثر مما تستحق (محكمة استئناف مصر الوطنية فى ١١ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٤ رقم ٨١ ص ٢٠٨) .

(٢) أما إذا دفع دين غيره وهو عالم بذلك فلا يجوز له أن يسترد ما دفع ، ويكون دفعه للدين مبرئاً لذمة المدين ، وله أن يرجع عليه لا على الدائن بدعوى الإثراء بلا سبب (استئناف مختلط فى ٧ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٥) .

(٣) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ... إذا أثبت عدم تحقق سبب الدين الذى أداه إطلاقاً : كما إذا كان الوارث قد وفى بدين لم يكن مورثه ملتزماً به ، أو كما إذا قام أحد المتعاقدين فى عقد مطلق البطلان بالوفاء بالتزامه ، أو كما إذا قام شخص بالوفاء بتعويض عن حادث اعتقد خطأ أنه يسأل عنه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩) .

أما إذا كان العقد قابلا للابطال ، فإن دفع المدين الدين عن غلط ثم أبطل العقد استرد ما دفع ، وهذه هى إحدى صور الحالة الثانية من دفع غير المستحق وهى حالة الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق . وإذا دفع المدين الدين وهو على بينة من قابلية العقد للابطال اعتبر الدفع إجازة للعقد ، فلا يجوز للمدين أن يسترد ما دفع .

(obligation naturelle) لا جبر فى تنفيذه (م ١٩٩ فقرة ٢)[1] .

٨٢٢ — (٢) الدين مؤمل الاستحقاق ولكنه لم يستحق أو لما يستحق : وقد يكون للدين وجود ويكون مؤمل الاستحقاق ، ولكنه لم يستحق . وتقول المادة ١٨٢ فى هذا الشأن إنه « يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه »[2] . فالدين المعلق على شرط واقف إذا دفع ، سواء دفع قبل تحقق الشرط أو بعد تخلفه ، يكون دفعه دفعاً لدين لم يستحق . يستوى فى ذلك كما قدمنا أن يكون الدفع قبل تحقق الشرط أى فى وقت لم يثبت فيه ما إذا كان الدين سيستحق ، أو بعد تخلف الشرط أى فى وقت ثبت فيه أن الدين لن يستحق . أما الدين المعلق على شرط فاسخ فهو دين موجود نافذ إذا دفعه المدين فإنه يكون قد دفع ديناً مستحقاً ، وإذا تحقق الشرط الفاسخ صار هذا وفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق ، وهذه صورة من صور الحالة الثانية لدفع غير المستحق سيأتى بيانها فيما يلى .

وقد يكون للدين وجود محقق ولكنه لما يستحق . وتقول المادة ١٨٣ فى هذا الشأن إنه « يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا قيام الأجل » . فالدين المؤجل إذا دفع قبل حلول الأجل يكون دفعه دفعاً لدين لما يستحق ، أى لدين غير مستحق وقت الوفاء .

---

(١) [وقد يطرأ حادث يمنع من استحقاق الدين ، فيسترد الدافع ما دفع ، وقد قضت محكمة النقض بأن القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ الخاص بمنع تملك الأجانب الأراضى الزراعية قد عمل به اعتباراً من ١٧ مارس سنة ١٩٥١ بعد أداء رسوم الشهر ، فاستحال معه شهر عقد هبة ، ومن ثم وجب رد رسوم الشهر (نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض ١١ رقم ١٠٧ ص ٦٥٦)] .

(٢) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ... أو إذا أثبت (الدافع) أن سبب الدين لم يتحقق ، كما إذا أدى مدين ديناً معلقاً على شرط واقف مع أنه لم يتحقق (انظر التقنين اللبنانى م ١٤٥ فقرة ١) . وتجوز المطالبة بالرد كذلك إذا حصل الوفاء فى خلال فترة التعليق قبل أن يعلم مصير الشرط (أنظر المادة ١٤٣٤ من التقنين النمساوى والمادة ٦٩٤ فقرة ٢ من التقنين البرازيلى والمادة ٣٨٩ من المشروع) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩) .

٨٢٣ — (٣) الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به : وقد يكون الدين ترتب فى ذمة الدافع للمدفوع له ديناً صحيحاً واجب الأداء ، ولكنه انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ثم قام الدافع بوفائه مرة أخرى بعد انقضائه . مثل ذلك أن يكون الدين قد وفاه المورث ولم يعثر الوارث على المخالصة فوفى الدين مرة أخرى[١] ، أو أن يكون الدين قد انقضى بالمقاصة أو بالتجديد أو بالإبراء ووفاه المدين للدائن بالرغم من انقضائه . فى جميع هذه الصور دفع المدين ديناً كان موجوداً نافذاً واجب الأداء ، ولكنه وقت الدفع كان قد انقضى ، فيكون الدافع قد دفع ديناً غير مستحق .

(ب) الركن الثانى — عمل من أعمال الوفاء يشوبه عيب يجعله قابلا للابطال :

٨٢٤ — عمل من أعمال الوفاء : يجب على الدافع أن يثبت أن الدين غير مستحق على النحو الذى فصلناه فيما تقدم ، وأنه قد قام بعمل من أعمال الوفاء . وليس من الضرورى أن يكون قد قام بوفاء الدين وفاء مباشراً ، بل يكفى أن يكون قد أعطى مقابلا للوفاء (dation en paiement) أو أعطى إقراراً جديداً بالدين[٢] (reconnaissance de dette)

---

(١) يقارب هذا المعنى حكم محكمة النقض فى ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ عمر ١ رقم ٢٤٦ ص ٦٧٤ .

(٢) ومن أعمال الوفاء أن يحرر المدين لدائنه سنداً بدين ، ولايدخل هذا السند فى المحاسبة النهائية ما بين الدائن والمدين ، وهى المحاسبة التى يستوفى فيها الدائن حقه ، فبقاء السند معه بالرغم من استيفائه حقه هو بمنزلة استيفاء الدين مرتين . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بأن السمسار الذى يحصل على سند من عميله بمبلغ يذكر له سبب صورى (أشغال معمارية) ، ويثبت أن السند قد حرر عن دين سمسرة سبق أن استوفاه فى المحاسبة النهائية ، يكون قد استوفى الدين مرتين ، وقالت فى هذا الصدد : « ولما كان من المحقق أن هذا المبلغ (الذى حرر به السند) لم يدخل فى المحاسبة النهائية بين الطرفين بخصوص أعمال السمسرة فيكون من حق المطعون عليهما الرجوع عليه بهذا المبلغ حتى لا يتكرر الوفاء مرتين . ومن حيث إنه يتضح من ذلك أن ما أسس عليه الحكم قضاءه لم يكن واقعة لا أصل لها فى الأوراق ، بل هى الوقائع التى بسطها المطعون عليهما فى مذكرتهما شرحاً لحقيقة الحال ، وثبت للمحكمة صحتها فأقرتها ، وإن كانت قد خالفت المطعون عليهما فى التكييف القانونى لدعواهما ، إذ هما بعد أن سردتا الوقائع السابقة توهمتا أن هذه الوقائع تجعل السند سند مجاملة أو هكذا أرادتا أن تصفاه ، ولكن المحكمة خلعت على هذه الوقائع التى اقتنعت بصحتها الوصف القانونى الصحيح هو رد ما قبض بغير حق ، وأقامت قضاءها على هذا الأساس ، وهو أمر لا سبيل للنعى عليه » . نقض فى ١٦ فبراير سنة ١٩٥٠ فى الطعن رقم ٩١ السنة القضائية الثامنة عشرة مجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ٢٥٦ رقم ٦٩ .

أو رتب تأميناً خاصاً لضمان الوفاء ، أو قاص الدين فى دين له ، أو قام بغير ذلك من أعمال الوفاء المتنوعة . وأعمال الوفاء هذه على تنوعها هى تصرفات قانونية تخضع للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية ، وبخاصة ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة[١] .

٨٢٥ — عيب يشوب الوفاء فيجعله قابلا للابطال : فإذا أقام الدافع الدليل على أنه قام بوفاء دين غير مستحق على الوجه الذى بيناه ، فالمفروض أنه دفع عن غلط[٢] وأنه لم يكن يعلم بأنه غير ملزم بالدفع . وهذه القرينة القانونية قرينة تبررها الظروف .

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويقتضى العمل أن يكون من واجب من يدعى أداء ما لم يكن مستحقاً أن يقيم الدليل على أمرين : أولهما قيامه بوفاء تلحق به صفة التصرف القانونى ويخضع بذلك للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية ، وعلى وجه الخصوص ما تعلق منها بنصاب الإثبات بالكتابة أو بالبينة . وقد نصت المادتان ٧٩/٧٤ من التقنينين التونسى والمراكشى على أن الوفاء بمقابل وترتيب تأمين خاص لضمان الوفاء وإعطاء اعتراف بالدين أو سند آخر يقصد به إثبات وجود التزام أو براءة الذمة منه تنزل جميعا منزلة الوفاء . وقد قصد المشروع من عموم العبارات التى استعملت فى صياغة القاعدة الخاصة بدفع غير المستحق إلى مواجهة هذه الحالات وأشباهها ، فاستهل المادة ٢٥٠ (م ١٨١ جديد) بالنص على أن كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له وجب عليه رده ، دون أن يخص صورة من صور الوفاء أو ضرباً من ضروب ما يحصل الوفاء به . أما الأمر الثانى فقيامه بالوفاء بما لم يكن مستحقاً فى ذمته ... » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩) .

(٢) الغلط هنا هو الغلط الذى يعيب الإرادة بشروطه المعروفة . ويستوى أن يكون غلطاً فى الواقع أو غلطاً فى القانون . ولا يعتبر الغلط فى تشريع مبهم ، ترددت المحاكم فى تفسيره واختلفت ، سبباً لاسترداد ما دفع إذا كان الطرفان وقت الاتفاق قد اتبعا التفسير الأكثر شيوعاً لدى القضاء (استئناف مختلط فى ٢٣ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٢٦) . وكذلك الغلط فى تفسير نظام شركة لا يكون سبباً للاسترداد إذا كان هذا التفسير مسلماً به من الطرفين وقت الدفع (استئناف مختلط فى ١١ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٥٧) .

وكالغلط التدليس ، فإذا تواطأ الدائن مع المدين ، وتقدم فى التوزيع بمبلغ أكبر من حقه ، وتنازل المدين عن المعارضة ، فقبض الدائن المبلغ الأكبر وشاطر المدين الزيادة ، فإن الدائنين المتأخرين فى المرتبة يجوز لهم أن يرجعوا على هذا الدائن ليستردوا منه ما أخذ دون حق (استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

فليس مفهوماً لأول وهلة أن يدفع شخص دينا غير مستحق عليه إلا أن يكون هذا الشخص قد اعتقد أن الدين مستحق واجب الأداء ولذلك قام بوفائه . ونرى من ذلك أن الغلط ، وهو العيب الذى يشوب الوفاء عادة ، مفروض لا يكلف الدافع إثباته[1] .

---

(١) كان القضاء المصرى ، فى ظل القانون القديم ، يقضى بأن الدافع هو الذى يكلف إثبات أنه كان فى غلط عندما دفع (استئناف مختلط فى ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٢ — وفى ١٧ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٣٦ ص ٣١٩) . ولكنه كان يتساهل فى استخلاص قرائن قضائية — تقبل بداهة إثبات العكس — على أن الدافع كان فى غلط . فالوفاء الحاصل من أحد أقارب المدين وهو يجهل مضمون الحكم الذى قضى بالدين وليست لديه وسيلة للتثبت من أن المبلغ الذى يطالب به الدائن هو بقدر الدين ، يفرض فيه أنه وقع عن غلط إذا كان القدر المدفوع يزيد على الدين (استئناف مختلط فى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) . والوفاء الحاصل من المدين على طريقة لم يرض بها إلا بعد أن أكد له الدائن تأكيداً قاطعاً أن هذه الطريقة هى وحدها الصحيحة قانوناً لا يعتبر تفسيراً للعقد متفقاً عليه ، بل يعتبر أنه قد وقع عن غلط (محكمة مصر الكلية المختلطة فى ٢٢ مارس سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ١٩٦ ص ٢٧٣) . كما كان القضاء يتساهل فى استخلاص قرائن قضائية على أن الدافع قد دفع عن بينة . فقيام أحد الشركاء بدفع مبلغ معين على اعتبار أن هذا المبلغ هو نصيبه فى الخسارة يتضمن إقرار هذا الشريك بوقوع هذه الخسارة ، فعليه هو ، إذا أراد استرداد ما دفع ، أن يثبت أنه دفع عن غلط ما ليس مستحقاً عليه (استئناف مختلط فى ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩) — وقد وصل القضاء المصرى فى النهاية إلى حد أن جعل عبء الإثبات على المدفوع له ، فقضى بأنه إذا دفع المدين الدين مرتين أصبح إثبات الغلط لا فائدة منه ، لأنه إذا كانت إحدى هاتين المرتين يقوم الدفع فيها على سبب صحيح ، فالأخرى لا يقوم الدفع فيها على سبب ، ومن ثم لا يكون إثبات الغلط ضرورياً إلا إذا نسب إلى المدين نية القيام بتبرع أو أى تصرف قانونى آخر ، وهذا ما يجب على المدفوع له أن يثبته (استئناف مختلط فى ١٢ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٣٣ — أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩) . وقد حسم القانون الجديد الأمر بأن أقام قرينة قانونية على أن دفع غير المستحق وقع عن غلط ، وجعل هذه القرينة قابلة لإثبات العكس كما سنرى .

ولكن المحاكم المصرية كانت تقضى على كل حال ، فى ظل القانون القديم ، بأن دفع غير المستحق لا يجوز فيه الاسترداد إلا إذا وقع عن غلط (استئناف مختلط فى ٩ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٦ — و ٢٠ يونيه سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٥١ — وفى ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٧٩ — وفى ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٣٦ ص ٥٠ — وفى ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٣ — وفى ١٧ أبريل سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣١٩) .

هذا ويلاحظ أنه إذا اشترط فى الدافع أن يكون قد دفع عن غلط حتى يجوز له أن يسترد ما دفع ، فليس من الضرورى أن يكون المدفوع له قد قبض غير المستحق عن غلط ، فقد يكون سيء النية كما يكون حسن النية ، وفى الحالتين يرد ما أخذ دون حق على تفصيل سنعرض له فيما يلى .

ولكن هذه القرينة القانونية على الغلط هي قرينة قابلة لإثبات العكس . فيجوز للمدفوع له أن ينقضها بأن يثبت أن الدافع كان يعلم وقت الدفع أنه لم يكن ملزماً بما دفع . فإذا أثبت ذلك قامت قرينة قانونية أخرى، هي الآن في مصلحة المدفوع له ، على أن الدفع مع العلم بأن الدين غير مستحق إنما أراد به الدافع أمراً لا يجيز له استرداد ما دفع . فقد يدفع ديناً واجباً على غيره فضالة أو تبرعاً ، فلا يرجع بدعوى غير المستحق على الدائن وإنما يرجع بدعوى الفضولي على المدين إذا كان قد دفع فضالة أو لا يرجع على أحد إذا كان قد دفع تبرعاً . وقد يدفع ديناً طبيعياً قاصداً بذلك أن يوفي هذا الالتزام ، فلا يسترد ما أداه باختياره (م ٢٠١) . وقد يريد بالدفع أن يجيز عقداً قابلا للابطال ، فينقلب العقد صحيحاً ويكون الدفع تنفيذاً له . وقد يدفع ديناً مؤجلا قبل حلول الأجل وهو عالم بذلك لأنه أراد أن يعجل الوفاء متنازلا عن الأجل ، فيكون وفاؤه صحيحاً ولا يرجع بشيء على المدفوع له[1] .

وهذه القرينة القانونية الثانية التي تقوم لمصلحة المدفوع له هي أيضاً قرينة قابلة

---

(١) أما إذا كان قد دفع ديناً غير موجود أصلا وهو على بينة من الأمر — كما إذا دفع وصية عدل عنها الموصي أو ديناً معلقاً على شرط واقف بعد تخلف الشرط أو هبة باطلة لأنها لم تفرغ في ورقة رسمية — فقد يريد بذلك أن يتبرع للمدفوع له بما دفع معتقداً أن هذا واجب أدبي قد ترتب في ذمته ، بل قد يكون هذا الواجب قد ارتقى إلى منزلة الالتزام الطبيعي فلا يسترد ما أداه من ذلك باختياره .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ثبت للمحكمة أن المبلغ المدفوع من المدعي والذي يطلب الحكم برده إنما دفع منه عن بصيرة تنفيذاً لعقد تصفية شركة يتضمن التزام المدفوع له بديون الشركة جميعاً وتحصيل ما يستطيع من زماماتها ، فإن المدعي لا يكون محقاً في استرداده (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١١ ص ١٠١] .

وقد يكون الدين الذي أداه مصدره عقد باطل لسبب يرجع إلى النظام العام أو الآداب وهو عالم بالبطلان، كما إذا دفع دين قمار أو فوائد ربوية ، فيستطيع في هذه الحالة أن يسترد ما دفع بالرغم من علمه بالبطلان . لأن هذا الحل هو الذي يقتضيه النظام العام والآداب (أنظر م ٢٢٧ فقرة ١ وهي تجيز استرداد الفوائد الربوية وم ٧٣٩ فقرة ٢ وهي تجيز استرداد دين المقامرة والرهان) .

لإثبات العكس . ويستطيع الدافع أن ينقضها بأن يثبت أحد أمرين :

(أولا) أنه كان ناقص الأهلية وقت أن دفع : وعند ذلك يستطيع أن يبطل الوفاء لنقص أهليته وأن يسترد ما دفع ، حتى لو كان قد دفع وهو على بينة من أن الدين الذى دفعه لم يكن مترتباً فى ذمته[1] .

(ثانياً) أنه قد أكره على الوفاء . مثل ذلك أن يكون قد وفى الدين من قبل ، ولما طولب به مرة ثانية لم يعثر على المخالصة ، فاضطر أن يوفيه مرة أخرى خشية التنفيذ على ماله ، ثم عثر بعد ذلك على المخالصة ، فنى هذه الحالة يستطيع أن يسترد ما دفع دون حق ولو أنه وقت الدفع كان يعلم أنه يدفع ديناً غير مستحق[2] . ومثل ذلك أيضاً أن يكون

---

(١) أما إذا دفع ناقص الأهلية ديناً مترتباً فى ذمته ، فإن الدفع يكون صحيحاً مبرئاً للذمة إذا لم يلحق به ضرراً ، ومن ثم لا يجوز له استرداد ما دفع . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٢٥ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « ومع ذلك فالوفاء بالشىء المستحق ممن ليس أهلا للتصرف فيه ينقضى به الالتزام إذا لم يلحق الوفاء ضرراً بالموفى » .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا صدر حكم فى مخالفة ، ونفذته النيابة العامة بتنفيذ أعمال محكوم بها على حساب المحكوم عليه ، فإن هذا الأخير يجوز له ، بعد أن يدفع المصروفات المطلوبة منه ، أن يسترد ما دفع دون حق إذا هو أثبت أن ما دفعه يزيد على الأجرة المعتادة لهذه الأعمال ، وبخاصة إذا كان قد طلب من الإدارة قبل ذلك بيانات وتفاصيل عن الأعمال المطلوبة لينفذها بنفسه فلم ترد عليه الإدارة (١٩ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٣٧٥ — أنظر أيضاً استئناف مختلط فى ١٠ أبريل سنة ١٨٧٩ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٤ ص ٢٥٢ — وفى ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٧٤ — وفى ٣ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧٣ — وفى ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — — وفى ١٧ يونية سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٦٩) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأنه « إذا ادعى مدين أنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه ، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين ، وتناول هذا الحكم ما كان يدعيه المدين من التخالص من الدين بالوفاء قائلا عنه إنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة ، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعى براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك » نقض فى ٣٠ نوفبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٧ ص ١٦) . وقد يقال لتبرير قضاء محكمة النقض إن عدم التخالص من الدين قد قضى فيه بحكم حاز قوة الشىء المقضى فلا يجوز الرجوع بعد ذلك لمناقشة هذه المسألة . على أن محكمة الاستئناف المختلطة تهدر الدفع بقوة الشىء المقضى إذا ثبت لها أن المدفوع له قد حصل على غير المستحق عن طريق التدليس (استئناف مختلط فى ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

قد سدد ما عليه من الضرائب ، ثم طولب بها مرة أخرى ووقع حجز إدارى على ماله ، فاضطر إلى الدفع وهو عالم بأن الدين غير مستحق ، فيجوز له فى هذه الحالة أن يسترد ما دفع لأنه كان مكرهاً على الدفع[1] .

§ ٢ — الوفاء بدين كان مستحقاً وقت الوفاء ثم أصبح غير مستحق

٨٢٦ — ركناه : تختلف هذه الحالة عن الحالة التى سبقتها فى أن الدين الذى دفع فى الحالة السابقة لم يكن مستحقاً فى ذمة الدافع وقد وفاه هذا عن غلط أو إكراه أو وهو ناقص الأهلية ، أما الدين الذى وفاه الدافع فى الحالة التى نحن بصددها فهو دين مستحق واجب الوفاء وقت الدفع ولكنه أصبح غير مستحق بعد ذلك . وتقوم هذه الحالة هى الأخرى على ركنين : (١) وفاء صحيح بدين مستحق الأداء . (٢) زوال سبب هذا الدين بعد أن تم الوفاء به .

(١) الركن الأول — وفاء صحيح بدين مستحق الأداء :

٨٢٧ — هذا هو عكس ما قررناه فى الحالة السابقة ، فهناك كنا أمام وفاء غير صحيح

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إجبار شركة على أن تدفع ضريبة السير فى الطرق الزراعية عن طريق تهديدها بعدم إعطائها رخصة بتسيير مركباتها أو بعدم تجديد هذه الرخصة يجعل للشركة الحق فى أن تسترد ما دفعته دون حق إذا كانت الضريبة غير قانونية (٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص٦٨ — انظر أيضاً استئناف مختلط فى ٧ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص٢٠٢) .

هذا وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « فاذا أقام المدعى هذا الدليل (على أنه وفى ديناً غير مستحق) فيفرض أنه قد أوفى خطأ وأن من حقه أن يسترد ما دفع . وقد نص التقنين الأسبانى على ذلك صراحة ، فقرر فى المادة ١٩٠١ أنه يفرض الخطأ فى الوفاء إذا سلم ما لم يستحق أصلا أو ما سبق أداؤه . ويضيف النص إلى ذلك : ولكن يجوز لمن يطلب إليه الرد أن يقيم الدليل على أن التسليم كان على سبيل التبرع أو لأى سبب مشروع . والواقع أن من تسلم ما يدعى بعدم استحقاقه له لا يكون عليه إلا إسقاط قرينة الخطأ فى الوفاء . فإذا أثبت أن الوفاء بما لم يكن مستحقاً قد تم عن بينة من الموفى ، فيفرض أنه أوفى على سبيل التبرع ، إلا أن يكون غير كامل الأهلية أو أن يقوم الدليل على أنه أدى ما أداه تحت سلطان إكراه : كما إذا كان قد فقد المخالصة وأكره بذلك على الوفاء مرة أخرى » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٩ — ص ٤٥٠) .

بدين غير مستحق الأداء ، أما هنا فنحن أمام وفاء صحيح بدين مستحق الأداء . ومثل الدين المستحق الأداء أن يكون ديناً واجباً بعقـد معلق على شرط فاسخ أو قابل للفسخ أو قابل للابطال . فمادام الشرط الفاسخ لم يتحقق ، ومادام العقد لم يطلب فسخه أو إبطاله ، فإن الالتزام الناشىء من العقد يـكون ديناً مستحق الأداء ، ويلزم المدين بالوفاء به .

وسواء وفّى المدين الدين إختياراً أو إجباراً فإن وفاءه صحيح ، ولا يشوب الوفاء هنا مايشوبه فى الحالة السابقة من عيب ، إذ الدين صحيح وواجب الأداء ، والوفاء به أيضاً وفاء صحيح مبرىء للذمة .

(ب) الركن الثانى — زوال سبب الدين بعد أن تم الوفاء به :

٨٢٨ — ومادام الدين صحيحاً واجب الأداء ، وقد وفّى به المدين وفاء صحيحاً مبرئاً للذمة ، فقد انقضى الدين ، ولا سبيل لاسترداده بعد انقضائه . ولـكن الذى يحدث فى هذه الحالة ، فيفتح السبيل إلى الاسترداد ، هو أن السبب الذى كان مصدراً لهذا الدين يزول : يتحقق الشرط الفاسخ الذى كان الالتزام معلقاً عليه ، أو يفسخ العقد الذى كان قابلا للفسخ ، أو يبطل العقد الذى كان قابلا للابطال . فى هذه الصور جميعاً يتبين أن الدين الذى وفّى به المدين ، ولو أنه كان ديناً مستحق الأداء وقت الوفاء به ، قد زال سببه فأصبح غير مستحق ، ويتبين تبعاً لذلك أن المدين قد وفّى ديناً غير مستحق فيجوز له استرداده [1] .

(١) وإذا كان لا بد من القول فى هذه الحالة بأن هناك غلطاً فى جانب الدافع وهو يدفع الدين ، فمن الممكن القول بذلك على الاعتبار الآتى : أن الدافع وقت أن دفع الدين المعلق على شرط فاسخ أو الدين الواجب بعقد قابل للفسخ أو قابل للابطال لم يكن يعلم أن الشرط الفاسخ سيتحقق أو أن العقد قابل للفسخ أو للابطال . ويترتب على ذلك أنه لو دفع ديناً معلقاً على شرط فاسخ وهو يعلم أن الشرط قد تحقق ، أو ديناً واجباً بعقد قابل للفسخ وهو عالم بقيام سبب الفسخ ، حمل ذلك منه على أنه يفى بالتزام طبيعى أو على أنه متبرع . وإذا دفع ديناً واجباً بعقد قابل للابطال وهو يعلم ذلك اعتبر دفعه للدين إجازة للعقد .

ونورد أمثلة على ماقدمناه :

شخص يشترى عيناً تحت شرط فاسخ ، ويدفع الثمن ، ثم يتحقق الشرط . هنا يزول بانفساخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويكون له أن يسترد الثمن من البائع بدعوى استرداد المدفوع بغير حق .

مشتر يدفع ثمن ما اشتراه ، ولكن المبيع يستحق فى يده ، فيفسخ البيع . هنا أيضاً يزول بفسخ البيع سبب التزامه بدفع الثمن ، ويسترد من البائع مادفع . وكثيراً ما يتحقق هذا الفرض فى الصورة العملية الآتية : عقار مرهون يباع جبراً على المدين ، ويدفع من رسا عليه المزاد الثمن للدائنين المرتهنين وفاء لحقوقهم ، ثم يستحق العقار فى يد الراسى عليه المزاد وينتزعه منه المالك الحقيقى . ولا شك فى أن الراسى عليه المزاد فى هذه الحالة يستطيع الرجوع على مدينه — وهو البائع — بضمان الاستحقاق . ولكن ألا يجوز له الرجوع على الدائنين المرتهنين أنفسهم فيسترد منهم مادفعه لهم بدعوى استرداد المدفوع بغير حق ؟ تردد القضاء الفرنسى فى ذلك ، ثم استقر على جواز الرجوع على الدائنين المرتهنين[1] . ويمكن توجيه هذا القضاء على اعتبار أن البيع فى المزاد قد انفسخ باستحقاق المبيع ، فأصبح الراسى عليه المزاد غير مدين بالثمن ، ويكون قد دفع للدائنين ما هو غير مستحق عليه وقت أن وفاهم ديونهم ، فيرجع عليهم بما دفع . ويتبين من ذلك أن الراسى عليه المزاد يكون فى هذه الحالة مخيراً بين الرجوع بضمان الاستحقاق على المدين أو الرجوع باسترداد المدفوع بغير حق على الدائنين[2] . وهذا هو أيضاً ما جرى عليه القضاء فى

(١) محكمة استئناف ليون فى ١٥ ديسمبر سنة ١٨٤١ سيريه ١٨٤٢ — ٢ — ١٦٨ — محكمة استئناف ريوم فى ٢٨ يونيه سنة ١٨٥٥ داللوز ١٨٥٦ — ٢ — ١٣٦ — محكمة استئناف الجزائر فى ٢ يناير سنة ١٨٨٣ سيريه ١٨٨٤ — ٢ — ١٧ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى لارومبيير م ١٣٧٧ فقرة ١٧ — ديمولومب ٣١ فقرة ٣٠٦ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٣٧ — ديموج ٣ فقرة ٩٥ .

مصر[١] .

قاصر اشترى منزلا ودفع ثمنه للبائع . العقد هنا قابل للابطال ، فإذا أبطله القاصر زال سبب التزامه بدفع الثمن ، وكان له هنا أيضاً أن يسترد ما دفع[٢] .

---

(١) استئناف مختلط في ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٨ — وفي ٢٣ يونية سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٣٠ (وفي هذه القضية كان الدافع حائزاً للعقار ووفى الدائن المرتهن . ثم نزعت ملكية العقار فرسا عليه المزاد ، فيكون قد وفى الدائن المرتهن مرتين وله الرجوع عليه بدعوى غير المستحق) . وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٥٨ .

ويقرب من ذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أنه إذا كان المدينون أخوة ثلاثة ، ووقع خطأ في قائمة التوزيع النهائية فلم يذكر إلا إثنان منهم ، ولم يدرج الدائنو هذين الاثنين فاستولوا على جميع الثمن ، كان على هؤلاء الدائنين أن يردوا ثلث ما استولوا عليه لدائني الأخ الثالث (١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا دفع المدين المحال عليه عن غلط كل الدين إلى المحال له ، بالرغم من وجود حجوز تحت يده ، كان له أن يسترد من المحال له ما أخذه هذا دون حق (٢٢ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٣) . وقضت كذلك بأنه إذا دفع المشترى وقت توقيع العقد الابتدائي قسطاً من الثمن لدائن مرتهن ، ثم نزع هذا الدائن ملكية العقار المبيع فاستولى على حقه ، جاز للمشترى أن يسترد منه ما سبق أن دفعه له (٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٠ م ٥٣ ص ٥١) . أنظر مع ذلك محكمة مصر المختلطة في ٢٨ يناير سنة ١٩١٩ جازيت ٩ رقم ١٣٣ ص ٢٣٠ — وانظر أيضاً ماقضت به محكمة الاستئناف المختلطة من أن الدائن المدرج في كشف التوزيع لا يجوز أن يسترد منه ما أخذ بحجة أنه أخذ أكثر من حقه إذا لم تحصل منازعة في إدراجه في كشف التوزيع وفاتت مواعيد الطعن (٢١ مايو سنة ١٩٠٨ م ١٣ ص ٣١٩ — ٢٨ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٥٤ — أول ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٣٧ — ٩ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٣٩) ، وذلك ما لم يقع منه تدليس (١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٥ — ١٢ مايو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٢) .

(٢) [ومن أمثلة ذلك أيضاً ما قضت به محكمة النقض من أن المادة ٦٦ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية ورسوم التوثيق في المواد المدنية التي أحالت إليها المادة التاسعة من القانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٤٤ بشأن رسوم التسجيل ورسوم الحفظ ، والتي تنص على أنه « لا يرد أي رسم حصل بالتطبيق لأحكام هذا القانون إلا في الأحوال المنصوص عليها صراحة فيه » — لا تعني الحالة التي لا يتم فيها إجراء الشهر لمانع قانوني يستحيل معه على المصلحة إجراؤه ، إذ في هذه الحالة يتعين تطبيق أحكام القانون المدني وهي تقضي برد هذه الرسوم إعمالا لقاعدة الإثراء بلا سبب ، فإذا كان القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٥١ الخاص بمنع تملك الاجانب الأراضي الزراعية قد عمل به اعتباراً من ١٧ من مارس سنة ١٩٥١ بعد أداء رسوم الشهر فاستحال معه شهر عقد هبة ثم توثيقه في ٤ من مارس سنة ١٩٥٤ فإن الحكم المطعون فيه إذ خلص في نتيجته إلى أحقية المطعون عليهما الأولين في استرداد رسوم الشهر لا يكون مخالفاً للقانون : (نقض مدني في ٢٢ من ديسمبر سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض السنة ١١ ص ٦٥٦ رقم ١٠٧) .

أصحاب الشأن عن إتمام شهر العقد بإرادتهم فإنه لا يسوغ لهم المطالبة باسترداد ما دفعوه =

المطلب الثانى

تكييف الالتزام برد ما أخذ دون حق

٨٢٩ — تحليل حالتى دفع غير المستحق وردهما إلى قاعدة الإثراء بلا سبب : قدمنا أن دفع غير المستحق ليس إلا صورة من صور الإثراء بلا سبب ونحلل الآن كلا من حالتيه لنبين ذلك فى وضوح .

فالحالة الأولى ، هى حالة دفع دين غير مستحق وقت الوفاء به ، تنطوى على عمل من أعمال الوفاء قد شابه عيب يجعله قابلا للابطال . فالدافع لدين غير مستحق إما أن يكون قد دفع عن غلط — وكالغلط التدليس — أو عن إكراه ، وإما أن يكون ناقص الأهلية . ولما كان الوفاء عملا قانونياً (acte juridique) فهو قابل للابطال لهذا العيب الذى شابه . وللدافع إذن أن يبطله . ومتى بطل زال السبب الذى نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له . فيثرى المدفوع له دون سبب على حساب الدافع . ومن ثم يسترد الدافع مادفع بمقتضى قاعدة الإثراء[1] .

وترد أيضاً الحالة الثانية إلى قاعدة الإثراء بلا سبب . ففيها يفى الدافع بدين مستحق الأداء ، ثم يزول سبب استحقاق الدين بتحقق الشرط الفاسخ أو بفسخ العقد أو بإبطاله فالوفاء الذى كان العقد سبباً له أصبح الآن دون سبب بزوال العقد . ومن ثم يبطل

= من رسوم تسجيل : نقض مدنى فى ٢٢ من نوفبرسنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ١٠٥٥ رقم ١٦٤ ونقض مدنى فى ١٤ من فبراير سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٢٥٤ رقم ٣٦] .

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ليس دفع غير المستحق سوى تطبيق خاص للقاعدة العامة فى الإثراء بلا سبب . فالوفاء بدين تصرف قانونى يجب أن تجتمع له الشروط الواجب توافرها فى سائر التصرفات القانونية . فيشترط أن يكون بوجه خاص خلواً مما يعيب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه ، وأن يصدر ممن تتوافر لديه أهلية الوفاء . فإذا شاب الرضاء عيب من هذه العيوب أو تخلف شرط الأهلية كان الوفاء غير صحيح . ويعتبر من تسلم ما أوفى به أو أدى على هذا الوجه قد أثرى دون سبب ، ويصبح ملزما بالرد وفقاً لقواعد الإثراء » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٨) .

الوفاء . ومتى بطل زال السبب الذى نقل القيمة المدفوعة من ذمة الدافع إلى ذمة المدفوع له . فيرى المدفوع له ، هنا أيضاً ، دون سبب على حساب الدافع ، ويسترد الدافع مادفع بمقتضى قاعدة الإثراء .

ولما كان الوفاء يبطل فى الحالتين كعمل قانونى ، فهو لا يبقى إذن إلا كواقعة مادية ، هى الواقعة التى ترتب عليها إثراء المدفوع له وافتقار الدافع ، ومن ثم فهى الواقعة التى تنشىء الالتزام برد المدفوع بغير حق .

وإذا كان دفع غير المستحق ، على ما رأينا ، صورة من صور الإثراء بلا سبب ، إلا أنها صورة تتميز بالخاصية الآتية : قيمة الافتقار فيها تعدل قيمة الإثراء . فالدافع قد افتقر بقيمة ما دفع ، والمدفوع له قد أثرى بهذه القيمة ذاتها . ومن ثم يسترد الدافع ما دفع[1] . هذا هو الأصل ، ويستثنى منه ما إذا كان المدفوع له ناقص الأهلية ، فينظر إلى القيمة التى انتفع بها فعلا وقد تنقص عن القيمة التى أخذها ، فلا يرد إلا القدر الذى انتفع به (م ١٨٦) ، وسنرى تفصيل ذلك فيما يلى .

٨٣٠ — التمييز بين دين فى الذمة وعين معينة بالذات : ويمكن التمييز ، فى دفع غير المستحق ، بين ما إذا كانت القيمة التى نقلها الدافع إلى المدفوع له ديناً فى الذمة أو عيناً

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يلتزم من يتسلم غير المستحق برد ما يؤدى إليه . وليس ترتيب هذا الالتزام إلا تطبيقاً للقواعد العامة فى الإثراء . فما لا ريب فيه أن من يقبض غير المستحق يثرى دون سبب ما دام وفاء من أدى قد وقع غير صحيح . وأقل قيمة ينبغى ردها هى مقدار المبلغ الذى سلم بغير حق . ومع ذلك فليس ثمة محل للمفاضلة بين قيم شتى ، إذ الأمر ينحصر فى قيمة واحدة . فالمبلغ الذى يدفع يمثل قيمة ما أثرى به المدين وما نقص من مال الدائن فى آن واحد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩) .

[وانظر فى تكييف الالتزام بالرد : مارتى ورينو جـ ٢ بند ٦٢٣ — نيكول كاتالا فى الطبيعة القانونية للوفاء ، رسالة من باريس سنة ١٩٦١ ص ٢٠٢ وما بعدها — لوسوارن فى المجلة الفصلية المدنية سنة ١٩٤٩ ص ٢١٢ وما بعدها — دى باج جـ ٣ ص ٨ بند ٢ — بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٧٢٧ — ١٩٢٩] .

معينة بالذات . ففى الأمثلة التى سقناها فيما تقدم كانت القيمة المنقولة ديناً فى الذمة ، فلما زال سبب الإثراء لم يبق للدافع إلا دعوى شخصية يرجع بها على المدفوع له هى دعوى استرداد المدفوع بغير حق . أما إذا كانت القيمة عيناً معينة بالذات ، كما إذا كان المدفوع عقاراً باعه صاحبه وسلمه المشترى ثم فسخ البيع لعدم استيفاء الثمن ، فإن العقار بفسخ البيع تعود ملكيته للبائع ، إذ هو عين معينة بالذات وليس ديناً فى الذمة . ومن ثم يكون للدافع فى هذه الحالة ، إلى جانب دعوى استرداد المدفوع بغير حق وهى دعوى شخصية ، دعوى عينية هى دعوى الاستحقاق[1] .

المبحث الثانى

أحكام دفع غير المستحق

٨٣١ — دعوى استرداد غير المستحق : إذا تحققت حالة من حالتى دفع غير المستحق نشأت دعوى لمصلحة الدافع قبل المدفوع له هى دعوى استرداد غير المستحق . ونستعرض فى هذه الدعوى من يكون المدعى ، ومن يكون المدعى عليه ، وما الذى يطالب به المدعى المدعى عليه ، وكيف تسقط هذه الدعوى فى بعض الحالات الخاصة .

---

(١) قارن ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٠٩) . وقد يجوز التفريق من بعض الوجوه بين قاعدة الإثراء بلا سبب فى ذاتها وبين تطبيقها فى حالة دفع غير المستحق . فيراعى أن الإثراء بلا سبب يستلزم دخول ما يثرى به المدين فى ذمته المالية ، ولا يلزم بالرد إلا بمقتضى التزام شخصى . وعلى النقيض من ذلك لا يترتب على دفع غير المستحق انتقال ملك ما يؤدى دون حق إلى المدين ودخوله فى ذمته . ذلك أن هذا الوفاء ، وهو قابل للبطلان بحكم الحال ، لا يكون من شأنه نقل الملك . فالمدين يلتزم برد ما تلقى عينا لا بمقتضى التزام شخصى ، بل بمقتضى استحقاق الغير له . على أن هذا الفارق الفقهى البحت لا يحول دون اعتبار أحكام دفع غير المستحق تطبيقاً لقاعدة الإثراء بلا سبب من حيث مضمون الفكرة بوجه عام . ومن المحقق أن من يتسلم غير المستحق يتعين عليه رده بمقتضى التزام يقع على عاتقه طبقاً لهذه القاعدة ، دون أن يكون هناك محل للتفريق بين ما إذا كان من تسلم حسن النية أو سيئها وما إذا كان ما سلم من القيميات أو المثليات .

المطلب الأول

المدعى والمدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

(١) المدعى :

٨٣٢ — المدعى فى هذه الدعوى هو الدائن الذى يسترد مادفع دون حق . والدائن هو من حصل الدفع من ماله[1] لأنه هو الذى افتقر . ويغلب أن يكون هو الذى تولى الدفع فعلا ، فيفترض أنه دفع من ماله .

وقد يكون الوكيل هو الذى تولى الدفع . فإن كان قد دفع من مال الأصيل فالأصيل هو الدائن . وإن كان قد دفع من ماله الخاص ولم يجز الأصيل الدفع كان الوكيل هو الدائن . والمفروض فى الوكيل إذا دفع عن الأصيل أنه يدفع من مال الأصيل لا من ماله هو .

وقد يكون النائب — الوصى أو القيم أو ناظر الوقف الخ — هو الذى تولى الدفع عن الأصيل . وحكمه فى ذلك حكم الوكيل على النحو الذى فصلناه .

وإذا دفع الكفيل أكثر من الدين فى ذمة المكفول ، كان هو الدائن بقدر الزيادة .

ويجوز لدائنى الدائن أن يستعملوا حقه فيطالبوا باسترداد المدفوع دون حق طبقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة . ويجوز كذلك لورثة الدائن بعد موته أن يستعملوا هذا الحق الذى آل إليهم بالميراث[2] .

---

(١) استئناف مختلط فى ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٤٩ .

[وقد قضت محكمة النقض بأن مناط تطبيق نص المادة ١٦١ من القانون المدنى القديم هو أن يكون الموفى قد قام بوفاء الدين من ماله الخاص : نقض مدنى فى ٢٨ من أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض السنة ٦ ص ٤٥ رقم ٣] .

(٢) [انظر فى ذلك مارتى ورينو جـ ٢ بند ٦٢٠ ص ٦٦٢ — مقال لينوان فى المجلة الفصلية المدنية سنة ١٩٢٣ ص ٩٢٥] .

=

(ب) المدعى عليه :

٨٣٣ — والمدعى عليه ، أى المدين فى دعوى غير المستحق ، هو المدفوع له بغير حق ، حتى لو كان الدفع لوكيله أو نائبه من وصى أو قيم أو ناظر وقف أو نحو ذلك .

وإذا كان المدعى عليه ناقص الأهلية كان الرجوع عليه بقدر ما انتفع على النحو الذى سنبينه فيما يلى .

المطلب الثانى

بماذا يطالب المدعى المدعى عليه فى دعوى استرداد غير المستحق

٨٣٤ — *النصوص القانونية* : نصت المادة ١٨٥ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم » .

« ٢ — أما إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التى جناها ، أو التى قصر فى جنيها ، من الشيء الذى تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذى أصبح فيه سيء النية » .

« ٣ — وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمرات من يوم

= وقد يدفع مدين الدين لغير دائنه ، فيستطيع الرجوع بدعوى غير المستحق على المدفوع له ، ويبقى للدائن الحقيقى أن يرجع بحقه على هذا المدين . ولكن هل يجوز ، تجنباً لتعدد الرجوع ، أن نجعل الدائن الحقيقى يرجع مباشرة على المدفوع له ؟ لا نرى وجهاً لرجوع الدائن الحقيقى على المدفوع له بدعوى غير المستحق لأن الذى يرجع بهذه الدعوى هو المدين الذى دفع من ماله كما رأينا ، ولا بدعوى الإثراء لأنه لم يفتقر إذ أن حقه لا يزال باقياً فى ذمة المدين . ولكن يستطيع استعمال حق مدينه فى الرجوع على المدفوع له عن طريق الدعوى غير المباشرة . وقد يستطيع أيضاً أن يرجع على المدفوع له بدعوى الفضالة إذا كان هذا قد نظر إلى مصلحته فتقبل الدفع نيابة عنه . (انظر فى هذه المسألة ديموج ٣ ص ٩٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٤٤) .

(١) وإذا استوفى دائن حقه من غير المدين ، كان للدافع أن يرجع بدعوى غير المستحق على هذا الدائن ، وبدعوى الإثراء بلا سبب على المدين الحقيقى . ولكنه لا يرجع على المدين الحقيقى بدعوى غير المستحق طبقاً للقواعد التى بيناها .

رفع الدعوى »[١].

ويتبين من هذا النص أنه يجب التمييز بين ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو كان سيء النية . وهذا التمييز جوهرى فى تحديد مقدار ما يرجع به الدافع على المدفوع له . فنستعرض أحكام كل فرض من هذين الفرضين ، ثم نستعرض حالتين معينتين تميزتا بأحكام خاصة .

§ ١ — المدفوع له حسن النية[٢]

٨٣٥ — حسن النية هنا معناه أن المدفوع له يعتقد أنه يتسلم ماهو مستحق له . والمفروض أن المدفوع له حسن النية فلا يكلف إثبات حسن نيته . والدافع هو الذى عليه أن يثبت سوء نية المدفوع له إذا ادعى ذلك ، فيثبت أن المدفوع له كان يعلم أنه تسلم شيئاً غير مستحق له فهو سيء النية منذ البداية ، أو أنه علم بعد أن تسلم الشيء أنه غير مستحق له فهو حسن النية وقت التسلم سيء النية بعد ذلك . ويجوز إثبات سوء النية بجميع طرق الإثبات ، ولو بالبينة والقرائن ، لأن سوء النية واقعة مادية .

فإذا كان المدفوع له حسن النية على الوجه الذى بيناه ، فإما أن يكون قد تسلم نقوداً

---

(١) وكان النص فى القانون المدنى القديم على الوجه الآتى : « فإذا أخذ ذلك الشيء مع علمه بعدم استحقاقه له كان مسئولا عن فقده وملزما بفوائده وريعه » (م ١٤٦/ ٢٠٧ قديم) . وظاهر أن النص الجديد أوضح بياناً من النص القديم . تاريخ النص الجديد : ورد هذا النص فى المادة ٢٥٤ من المشروع التمهيدى مع خلافات لفظية طفيفة . وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال هذه التعديلات اللفظية فأقرتها اللجنة ، وأصبح رقم المادة ١٩٠ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب ووفق على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٠ : وفى مجلس الشيوخ ووفق على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ١٨٥ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٧ — ص ٤٦١) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٦ (مطابق) — الليبى م ١٨٨ (مطابق) — العراقى م ٢/٢٣٣ (موافق) — اللبنانى م ١٤٢ و م ١٤٦ (موافق) .

(٢) [انظر فى ذلك مارتى ورينو جـ ٢ بند ٦٣٣ ص ٦٦٣ — دى باج جـ ٣ بند ١٩ ص ٢٦ — بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٧٢٥ ص ٣٤٢ ومابعدها .

أو أشياء مثلية وإما أن يكون قد تسلم عيناً معينة بالذات . ويختلف الحكم فى كل من الحالتين .

(١) المدفوع نقود أو أشياء مثلية :

٨٣٦ — إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية — غلالا أو أقطاناً أو نحو ذلك — فإنه يدخل ديناً فى ذمة المدفوع له ، ويجب عليه رده بدعوى غير المستحق . ويرد مقدار النقد الذى تسلمه دون نظر لتغير سعر النقد ، أو يرد القدر الذى أخذ من الأشياء المثلية[١] .

أما الثمرات والفوائد فلا يلتزم بردها مادام حسن النية ، لأنه تملكها بالقبض . ويلتزم بردها إذا أصبح سيء النية ومن وقت أن أصبح كذلك ، وعلى أى حال يلتزم برد الثمرات والفوائد من يوم رفع الدعوى ، إذ يفترض سوء نيته من وقت مطالبته قضائياً برد ما تسلمه دون حق[٢] .

---

(١) ويجوز ، طبقاً للمادة ٢٠٥ من التقنين المدنى الجديد ، أن يحصل الدائن على شىء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال ، كما يجوز للدائن أن يطالب بقيمة الشىء ، من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض .

هذا وإذا أصدرت شركة سندات استهلكتها فيما بعد ، ودفعت غلطاً فوائد هذه السندات بعد استهلاكها ، فإن لها أن تسترد الفوائد التى دفعتها دون حق أو أن تجعل ما دفعته من الفوائد قصاصاً فى بعض رأس مال السندات التى استهلكت . ولكن صدر قانون فى فرنسا فى أول أغسطس سنة ١٨٩٣ يقضى بأن الشركة لا تسترد فى هذه الحالة الفوائد التى دفعتها ، وعليها أن ترد رأس مال السندات المستهلكة كاملا . ويبررون هذا الحكم فى فرنسا بخطأ الشركة فى الاستمرار على دفع فوائد السندات بعد استهلاكها ، وبأن هذه الفوائد تقابل ريع رأس مال السندات المستهلكة قبل دفعه (انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٤٣) .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما فيما يتعلق بثمرات الشىء الذى سلم فثمة محل للتفريق بين من قبض بحسن نية ومن قبض بسوء نية . فلا يلزم الأول بالثمرات أو الفوائد إلا من وقت رفع الدعوى ، لأنه يمتلك الثمرات ما دام حسن النية وفقاً للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٠) .

هذا والمطالبة القضائية برد الشىء غير المستحق إذا كان نقداً توجب دفع الفوائد القانونية (٤ ٪ فى المسائل المدنية و ٥ ٪ فى المسائل التجارية) من وقت المطالبة متى دخلت المطالبة بالفوائد فى صحيفة الدعوى (م ٢٢٦) ، وتوجب رد الثمرات أو التعويض بحسب ما يقدر القاضى من وقت رفع الدعوى إذا كان المدفوع أشياء مثلية لا نقداً .

=

(ب) المدفوع عين معينة بالذات[1] :

٨٣٧ — **رد العين** : وإذا كان المدفوع عيناً معينة بالذات — سيارة أو فرساً أو أرضاً أو منزلا — فقد رأينا فيما قدمنــاه أن ملـكية العين تعود إلى الدافع ، وله فى استرداد العين دعويان ، دعوى عينية هى دعوى الاستحقاق ، ودعوى شخصية هى دعوى غير المستحق . ونقصر كلامنا على الدعوى الثانية فهى وحدها محل البحث هنا .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نصوص فى هذا الموضوع حذفت فى لجنة المراجعة تجنباً للتفصيلات[2] ، فجاء المشروع النهائى خلواً منها . على أن الأحكام التى تضمنتها النصوص المحذوفة ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة التى يعمل بها فيما إذا حاز الغير عيناً معينة بالذات . وهذه القواعد نجدها مقررة فى نصوص أخرى تبين متى يتملك الحائز الثمار (م ٩٧٨ — ٩٧٩) ، وكيف يسترد المصروفات (م ٩٨٠ — ٩٨٢) ، وتحدد مسئوليته عن الهــلاك والتلف (م ٩٨٣ — ٩٨٤) ، ولما كان المدفوع له بعين معينة بالذات لا يخرج عن أن يكون حائزاً لهذه العين ، فإن النصوص المتقدمة الذكر هى التى تنطبق على حالته . لذلك نستعين فى تفصيل ما نحن فى صدده بهذه النصوص التى تقرر القواعد العامة وبالنصوص المحذوفة من المشروع التمهيدى .

= انظر فى الموضوع استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٤٧ — ١٠ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٥٢ — محكمة مصر المختلطة التجارية ١٣ أبريل سنة ١٩٢٩ جازيت ٢٠ رقم ١٣٢ ص ١٢٧ — دى هلتس تحت لفظ (Ex-paiement) فقرة ١٦٦ ومابعدها — الدكتور عبدالسلام ذهنى فى الالتزامات ص ٦٨٨ .

[وتطبيقاً لرد الفوائد عن النقود التى أخذت بغير حق ، قضت محكمة النقض بأنه لا مخالفة للقانون فى القضاء بإلزام المقرض بالربا الفاحش بفوائد المبالغ المحكوم عليه بردها محسوبة من تاريخ قبضها (نقض مدنى ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٨ ص ١٩٢)] .

(١) [انظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ٦٣٤ ص ٦٦٣ ودى باج جـ ٣ بند ٢٠ ص ٢٧] .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٩ .

نصت المادة ٢٥٥ من المشروع التمهيدى – وقد حذفت عند المراجعة كما أسلفنا القول — على أن « كل من تسلم دون حق شيئاً معيناً بالذات التزم برده عيناً مادام قائماً». وليس هذا النص المحذوف إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فالمدفوع له بعين معينة بالذات يلتزم بردها عيناً للدافع بمقتضى التزام شخصى هو رد غير المستحق . والمفروض فى ذلك أن العين لا تزال قائمة فى يد المدفوع له ، لم تهلك ولم تنتقل إلى يد أخرى . وقبل أن نعرض لبيان الحكم فيما إذا هلكت العين أو انتقلت إلى يد أخرى ، نبين الحكم فى رد الثمار واسترداد المصروفات .

٨٣٨ — رد الثمار واسترداد المصروفات : أما الثمار فإن المدفوع له حسن النية يكسبها بالقبض إلى يوم رفع الدعوى . نستخلص هذا الحكم من المادة ١٨٥ التى سبق ذكرها ، ونراه صريحاً فى المادة ٩٧٨ التى تقرر القاعدة العامة فى هذه المسألة ، وقد جرت بما يأتى : « ١ – يكسب الحائز ما يقبضه من ثمار مادام حسن النية . ٢ – والثمار الطبيعية أو المستحدثة تعتبر مقبوضة من يوم فصلها ، أما الثمار المدنية فتعتبر مقبوضة يوماً فيوماً »[1] .

---

(١) وقد يقبض المستحق فى الوقف نصيبه فى الغلة ، ثم يتبين أنه غير مستحق فى الوقف أو أنه قبض أكثر من نصيبه ، فيعتبر الاستحقاق (وهو حق الانتفاع العينى) فى هذه الحالة عيناً مدفوعة دون حق ، ويجب على المدفوع له ردها ، ولكن إذا كان هذا حسن النية فإنه لا يرد غلة الوقف التى صرفها له الناظر لأنها تعتبر ثماراً ملكها بالقبض . وقد قررت محكمة النقض هذا المبدأ فى وضوح على الوجه الآتى : « إن تطبيق المادتين ١٤٥ و ١٤٦ من القانون المدنى (م ١٨١ و ١٨٥ جديد) يقتضى حتماً التفريق بين الشىء المأخوذ بدون حق وبين ثمرته ، فإن لكل حكماً : إذ الشىء المأخوذ واجب الرد على كل حال ، أما الثمرة فواجبة الرد إذا كان آخذ الشىء قد أخذه بسوء نية عالماً ألا حق له فيه . أما إذا كان أخذه إياه وقع بسلامة نية دون علمه بعدم استحقاقه له فلا رد للثمرة . فإذا كانت الوقائع الثابتة بالحكم أن زيداً كان يعتبر نفسه مستحقاً فى وقف ، وكان يعتقد هذا تمام الاعتقاد ، ويعتقده معه ناظر الوقف وباقى المستحقين اعتقاداً هم جميعاً سليمو النية فيه ، واستمر زيد مدة طويلة يستولى على نصيبه من غلة الوقف ، حتى جاء بكر فادعى الاستحقاق دونه وحصل على حكم شرعى نهائى لمصلحته ، ثم رفع بكر دعوى يطالب بهـا زيداً أن يرد ما أخذه من غلة الوقف فى السنين الماضية التى استولى فيها على هذه الغلة ، فهذه الوقائع تدل على أن الذى أخذه زيد بدون حق إنما هو حق الانتفاع أو أصل الاستحقاق ، ذلك الحق العينى الذى كان واضعاً يده عليه بواسطة ناظر الوقف ، وأن المال الذى كان يقبضه سنوياً إنما هو الثمرة الناتجة من ذلك الحق العينى الذى أخذه بدون وجه حق . وإذن فالشىء الذى يجب رده بمقتضى المادة ١٤٥ (م ١٨١ جديد) هو أصل الاستحقاق فى الوقف أى حق الانتفاع العينى (droit d'usufruit) وهو ما حصل رده تنفيذاً =

ومن ثم نرى أن المدفوع له حسن النية لا يرد الثمار سواء كان المدفوع عيناً معينة بالذات أو كان نقوداً أو أشياء مثلية[1] .

= للحكم الشرعى . أما الثمرة وهى الريع الذى كان يقبضه فغير واجب ردها ما دام أخذه لأصل الحق المنتج لها ووضع يده عليه كان بسلامة نية » (نقض فى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٨ ص ٧٩٣) .

وعلى أساس أن المستحق فى الوقف لايلزم برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه إلا إذا كان سيىء النية ينبغى أن يفهم الحكم الآتى الصادر هو أيضاً من محكمة النقض : « التزام المستحق فى الوقف برد ما تسلمه زيادة على استحقاقه يقوم على حكم المادة ١٤٥ من القانون المدنى (م ١٨١ جديد) ، فالحكم الذى يلزمه بالرد منعاً من إثرائه على حساب الغير (والأولى أن يقال رداً لما أخذ دون حق لا مخالفة فيه للقانون . ولا محل للاحتجاج بالمادة ١٤٧ مدنى (م ٢٠١ جديد) إذ أنها وردت فى شأن الالتزامات الطبيعية وامتناع الرد فيما يوفى منها » (نقض ١٣ يونيه سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٤ ص ١٩١) .

ومع ذلك انظر الحكم الآتى وقد صدر أيضاً من محكمة النقض : « إذا كان الوقف صادراً على ذرية الوقف ، وبرهن أحد على أنه من الذرية وأثبت استحقاقه ، وكان الخلاف على استحقاقه متعلقاً بالنسب ، فإن الحكم يكون مستنداً إلى وقت الوقف ويكون له الرجوع بحصته فى السنين الماضية على من قبضه من المستحقين . أما إذا كان الخلاف غير متعلق بالنسب ، وإنما يتعلق بقيام الشرط فيه بعد تفسيره ، كما إذا وقع على أولاد ولده وأثبت شخص أنه من أولاد البنات وقضى بدخوله ، فإنه لا يستحق شيئاً من غلة السنين الماضية المستهلكة لأن القضاء يكون مثبتاً أنه من الموقوف عليهم لا مظهراً لوجود شبهة الاقتصار فى شرط الواقف ، فإن كانت الغلة موجودة استحق فيها نصيبه وإلا فلا » (نقض ١١ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم٦ ص ١٢٦) . ويبدو أن محكمة النقض هنا جعلت العبرة فى استرداد الغلة الماضية يكون الحكم مظهراً لا مثبتاً . والأولى الوقوف عند نية من استولى على الغلة ، فإن كان سيىء النية فإنه يرد ما استولى عليه ، وأما إذا كان حسن النية فإنه لا يرد شيئاً من الغلة .

انظر أيضاً فى هذه المسألة محكمة استئناف مصر فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠/٤ ص ٣٤٠ — وفى ١٣ نوفبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٨٣ ص ٥٤٦ . ومحكمة الإسكندرية الابتدائية الوطنية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ١٩ .

(١) هذا وتقدير ما إذا كان المدفوع له حسن النية أو سيئها مسألة واقع لا رقابة لمحكمة النقض عليها . وقد قضت محكمة النقض فى هذا المعنى بما يأتى : « تعتبر مسألة حسن نية واضع اليد على العقار مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع الحق المطلق فى تقديرها ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها . فإذا قضت المحكمة بإعفاء المشترى من ريع الأرض التى اشتراها إلى تاريخ رفع دعوى الاستحقاق عليه بناء على أنه كان حسن النية إلى ذلك التاريخ فلا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك » (نقض ١٩ نوفبر سنة ١٩٣١ مجموعه عمر ١ رقم ٤ ص ١٣) . وقضت أيضاً بما يأتى : « إن تعرف حقيقة نية وضع اليد عند البحث فى تملك غلة العين الموجودة تحت يده هو مما يتعلق بموضوع الدعوى . فمن سلطة محكمة الموضوع وحدها تقديره ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان قضاؤها مبنياً على مقدمات من شأنها =

=أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها . فإذا كان الحكم قد أسس انتفاء حسن النية لدى واضع اليد (وزارة الأوقاف) على علمها بحجج الوقف جميعاً وعلى ما كان منها من الاكتفاء بقول موظف لديها فى شأن هذه الحجج وعلى وضع يدها على الوقف المتنازع عليه واستغلالها إياه بصفتها ناظرة دون أن تستصدر بهذه النظارة حكماً من جهة القضاء ، فلا سبيل للجدل فى هذا التقدير لدى محكمة النقض » (نقض ٢٨ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠ ص ٤٦) .

فمتى ثبت أن المدفوع له حسن النية فإنه يملك الثمار بقبضها إلى يوم رفع الدعوى . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى هذا المعنى بما يأتى : « لا يلزم واضع اليد برد ثمرة العين إذا كان حسن النية إلى أن ترفع عليه الدعوى ، ويلزم بالثمرة من تاريخ رفع الدعوى لا بواقع ما حصله من ريعها ولكن بقدر مافات صاحب العين من ربح ») استئناف ٩ مايو سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ١١/٢ ص٢٧) — وانظر أيضاً فى هـذا المعنى استئناف ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٢ الحقوق ١٨ ص ١٧٩ — المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧١ / ١ ص ١٦٥ — وفى ٢١ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٧٠ ص ١٣٠ — وفى ٢٧ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٧٩ ص ٨٣ — وفى ٢٣ يناير سنة١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٣ ص٧٠ — المحاماة ٢ رقم ٨١ ص ٢٥٨ — وفى ٢٤ مارس سنة١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧/١ص٧٨٤ — وفى ١٠ نوفبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣١/٢ ص ١٧٨ : وقد قضى هذا الحكم الأخير بأن وضع يد الورثة على العقار الموقوف باعتقاد أنه مملوك لمورثهم يمنع من مطالبتهم بالريع عن المدة السابقة على تكليفهم — وانظر أيضاً محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٢٥ يونيه سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ١٨٩ — محكمة طنطا فى ٣٠ نوفبر سنة ١٩١٣ الحقوق ٢٩ ص ١٣٢ — محكمة مصر الكلية الوطنية فى ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ الحقوق ٣١ ص ٢٧٨ . وقد قضت محكمة طنطا بأنه « إذا دلت ظروف الدعوى على وجود التسامح العائلى بين الوالد وولده والاختلاط فى المعايش والأرزاق كان الوالد حسن النية فى وضع يده على أملاك ابنه وأخذ غلتها ، ولا يطلب منه رد ما أخذه ، وإنما يبتدىء اعتباره سيىء النية وملزماً بالرد من وقت أن رفع ولده دعوى ضده يطالبه فيها بالملكية والتسليم » (طنطا ٤ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٤١٩ ص ٥١٤) .

ومن يوم رفع الدعوى يعتبر المدفوع له سيىء النية ويجب عليه رد الثمار ، والقرينة هنا قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس ، فلا يجوز له إثبات حسن نيته بعد رفع الدعوى . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن « مجرد الإنذار لواضع اليد من المالك الحقيق بتسليم العقار الذى تحت يده لا يكفى فى اعتباره سيىء النية ، بل يجب على من يدعى سوء النية أن يقدم الدليل على أن ما قام به من الإنذار لخصمه كان كافياً لتغيير حالته النفسية واعتقاده عدم أحقيته فى وضع يده — ولكن يترتب على رفع الدعوى بالمطالبة بالملكية التزام واضع اليد برد الريع من تاريخ المقاضاة من غير أن يكون ثمة محل للبحث فى حسن أو سوء نية واضع اليد المترتب على رفع الدعوى » (استئناف ٢٤ مارس سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٤٧٧/٣ ص ٧٨٤ — انظر أيضاً استئناف ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٣٧/١ ص ٧٩) — وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً فى هذا المعنى بأنه « من المبادىء المقررة قانوناً أن حسن النية عند واضع اليد يزول بمجرد علمه بالعيب الذى يلحق وضع يده ، وأن هذا العيب يعتبر موجوداً ، وواضع اليدعالماً به من يوم رفع الدعوى عليه . فإذا كانت دعوى الملكية من شأنها أن تنبه واضع اليد على أن=

وأما المصروفات التي قد يكون المدفوع له أنفقها على العين ، فهذه نرى حكمها صريحاً في المادة ٩٨٠ التي تقرر القاعدة العامة في هذه المسألة ، وهي تنص على ما يأتي : « ١ — على

= العيب الذي يلحق وضع يده ليس قاصراً على الجزء المرفوعة به الدعوى بل إن العيب شامل لجميع العين الواضع يده عليها ، كما إذا رفعت الدعوى عليه من أحد الورثة مطالباً بالجزء الذي يخصه ، فلا يمكن تخصيص العيب بذلك الجزء في حين أن الحق واحد ودليل الملكية هو هو بالنسبة لباقي الأجزاء التي تخص بقية الورثة. وعلم واضع اليد بالعيب الذي يلحق وضع يده من شأنه أن يزيل حسن نيته ويجعله مسئولا عن ثمرة العين كلها من تاريخ هذا العلم » (استئناف ٢٥ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١١٩ ص ٢٢٨) . انظر أيضاً استئناف مصر ٩ يونيو سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢٦٧/٢ ص ٥٦٣ .

وقضت أيضاً محكمة استئناف مصر بأنه « ليس من الضروري لمسئولية واضع اليد على عقار بحسن نية عن الغلة من وقت رفع الدعوى عليه أن يصبح سيء النية بعد رفع الدعوى، بل ويكفي لذلك أن يظهر فيما بعد بمقتضى حكم نهائي أن منازعه يملك الأرض من قبل أن يتملكها البائع له لأن هذا الحكم مقرر للحق لا منشيء له ، وله أثر رجعي ينسحب فيما يتعلق بالريع إلى وقت رفع الدعوى . ولكل من كان واضعاً يده بحسن نية على عقار حق الاستيلاء على ريعه ، وإنما يلزم واضع اليد في جميع الأحوال برد الريع من يوم رفع الدعوى باستحقاق العقار عليه إذا حكم عليه فيها ، وذلك لأن حقوق المتقاضين تعتبر معلقة وموقوفة في بحر مدة التقاضي » (استئناف مصر ١٢ مارس سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٨٠ ص ٢١٥) . وانظر أيضاً استئناف مصر في ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٥٥ ص ٥١٨ — وفي ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٩ المحاماة ٢٠ رقم ٤٨٧ ص ١١٥٦ .

على أن القضاء المصري في ظل القانون القديم لا يخلو من بعض التردد في تقرير المبدأ القاضي بأن الثمار ترد من يوم رفع الدعوى . فقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ (المحاماة ٨ رقم ٥٥٣ ص ٩١٥) بأنه « من المتفق عليه علماً وعملا أن مسألة حسن النية وسوئها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها ، وإذا ثبت حسن نية الخصم في وضع يده فلا تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى عليه ببطلان عقده ، وإنما تزول من يوم صدور حكم نهائي بذلك في موضوع الدعوى » . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية في ٢٣ نوفبر سنة ١٩٣٩ (المحاماة ٢٠ رقم ٢٢٦ ص ٦٣٦) بأنه « وإن كانت أغلب أحكام القضاء قد سارت على اعتبار أن سوء نية واضع اليد يبدأ من تاريخ رفع الدعوى إلا أنه من المتفق عليه أن مسألة حسن النية وسوئها في وضع اليد من المسائل الموضوعية التي ترتبط بظروف الدعوى ووقائعها ، وليس ضرورياً أن تزول هذه الصفة بمجرد رفع الدعوى » .

وغني عن البيان أن التقنين المدني الجديد (م ١٨٥ فقرة ٣) قطع كل شك في هذا المسألة بأن أقام قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس على سوء نية من تسلم غير المستحق من يوم رفع الدعوى . ويمكن القول أيضاً مع محكمة أسيوط (٢٦ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٢٤/ ص ٦٧٢) إن سوء نية واضع اليد الثابت بصدور حكم نهائي إنما يستند إلى يوم رفع الدعوى لأن الأحكام مقررة للحقوق لا منشئة لها .

المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية » .

« ٢ — أما المصروفات النافعة فيسرى فى شأنها أحكام المادتين ٩٢٤ و٩٢٥ » .

« ٣ — فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشىء منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشىء إلى حالته الأولى ، إلا إذا اختار المالك أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة » . ونرى من ذلك أن المدفوع له إذا كان أنفق على العين مصروفات ضرورية فإنه يستردها كلها من الدافع . وإذا كانت المصروفات نافعة — والمفروض أنه حسن النية — خير الدافع بين أن يدفع ما أنفقه المدفوع له من المصروفات أو أن يدفع مبلغاً يساوى مازاد فى قيمه العين بسبب هذه المصروفات[1] ، هذا مالم يطلب المدفوع له نزع ما استحدثه (م ٩٢٥) . وإذا كانت المصروفات كمالية ، فليس للمدفوع له أن يرجع على الدافع بشىء فى شأنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى وفى هذه الصورة يجوز للدافع أن يطلب استبقاء ما استحدثه المدفوع له مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة[2] .

٨٣٩ — *حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها* : وننتقل الآن إلى حالة ما إذا كانت العين قد هلكت أو تلفت أو ضاعت فى يد المدفوع له. تنص المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى — وقد حذفت عند المراجعة — على ما يأتى : « فإذا ضاع هذا الشىء أو تلف بسبب أجنبى التزم برد قيمته وقت الضياع أو التلف إذا كان قد تسلمه وهو سيىء النية ، وذلك دون إخلال

---

(١) وهذا الحكم هو تطبيق محض لدعوى الإثراء ، فإن الدافع ، وهو المثرى ، يرد أقل قيمتى الإثراء والافتقار للمدفوع له ، وهو المفتقر . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٢) هذا وقد منح التقنين المدنى الجديد الدافع الذى يلتزم برد المصروفات للمدفوع له تسهيلات خاصة فى الدفع . فنصت المادة ٩٨٢ على أنه « يجوز للقاضى بناء على طلب المالك أن يقرر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها فى المادتين السابقتين . وله أن يقضى بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضمانات اللازمة . وللمالك أن يتحلل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازى قيمة هذه الأقساط مخصوماً منها فوائدها بالسعر القانونى لغاية مواعيد استحقاقها » .

بحق من سلم هذا الشيء فى استرداده ولو تالفاً مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف». وتنص المادة ٩٨٣ ، وهى التى تقرر القاعدة العامة فى هذه المسألة ، على ما يأتى : « ١ – إذا كان الحائز حسن النية وانتفع بالشيء وفقاً لما يحسبه من حقه ، فلا يكون مسئولا قبل من هو ملزم برد الشيء إليه عن أى تعويض بسبب هذا الانتفاع . ٢ – ولا يكون الحائز مسئولا عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف » .

ويتبين من مفهوم المخالفة فى المادة ٢٥٦ من المشروع التمهيدى ومن صريح النص فى المادة ٩٨٣ أن المدفوع له إذا كان حسن النية لا يكون مسئولا عن هلاك العين أو تلفها أو ضياعها إلا إذا كان ذلك قد وقع بخطأ منه وعلى الدافع إثبات هذا الخطأ . أما إذا كان قد انتفع بالعين الانتفاع العادى — وفقاً لما يحسبه من حقه — وهلكت العين أو تلفت أو ضاعت ، فلا يكون مسئولا إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ترتبت على هذا الهلاك أو التلف أو الضياع ، كما إذا انتفع بأنقاض منزل فى بناء منزل آخر ، أو حول سيارة ركوب إلى سيارة نقل للبضائع ، أو ذبح ماشية أو انتفع بلحمها[1] . وللدافع فى جميع الأحوال أن يسترد الشيء التالف فى الصورة التى آل إليها بعد التلف ، دون أن يتقاضى تعويضاً عن التلف مادام هذا التلف لم يقع بخطأ المدفوع له كما مر بنا .

٨٤٠ – حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى : أما إذا كانت العين قد خرجت من يد المدفوع له ، إلى يد أخرى ، فقد نصت المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى — وهذه حذفت أيضاً عند المراجعة — على ما يأتى :

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه « لا يجوز الحكم بالرد على من أخذ شيئاً بنيـة سليمة ومن غير سبب صحيح إلا إذا حصل له إثراء فعلا وقت رفع الدعوى ، ولا يحكم بالرد إلا بمقدار قيمة هذا الإثراء بصرف النظر عن قيمة ما لحق المدعى من الضرر ، فإذا فقد الشيء بغير خطأ المدعى عليه الحسن النية وقت رفع الدعوى لم يكن هناك إثراء ولم يكن هناك موجب للرد » (استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٠/٣ ص ٣٤٠ — المحاماة ٩ رقم ٥٣٥ ص ٩٨٩) .

« ١ ـ من تسلم وهو حسن النية الشيء المعين بالذات وتصرف فيه بعوض قبل أن يعلم أنه ملزم برده ، وجب عليه أن يرد ماقبضه من عوض أو أن يحول حقه فى المطالبة بهذا العوض . ٢ ـ فإذا كان قد تصرف بغير عوض فلا يلتزم أن يرد شيئاً ، ولكن يلتزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق » . وإذا أغفلنا من هذا النص العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية لم يكن النص فيما بقى منه إلا تطبيقاً للقواعد العامة . ويتبين من ذلك أن المدفوع له حسن النية إذ اتصرف فى العين معاوضة لم يكن مسئولا قبل الدافع إلا بقدر ما أخذ من عوض ، فيرد للدافع ما قبض من ذلك أو يحول له حقه فى المطالبة به[1] . وإذا تصرف فى العين تبرعاً لم يكن مسئولا عن شيء قبل الدافع.

هذا فى العلاقة ما بين الدافع والمدفوع له . أما فى العلاقة ما بين الدافع والغير الذى انتقلت إليه العين ، فالأصل أن التصرف الصادر إلىهذا الغير من المدفوع له ، سواء كان معاوضة أو تبرعاً ، هو تصرف من غير مالك ، فلا يسرى فى حق المالك — أى الدافع — ويستطيع هذا أن يسترد العين باعتباره مالكاً وبدعوى عينية هى دعوى الاستحقاق . هذا ما لم يكن الغير قد كسب ملكية العين بسبب آخر ، كالتقادم فى العقار أو الحيازة بحسن نية فى المنقول . فإذا كسب الغير ملكية العين وكان قد دفع عنها عوضاً ، فلا يرجع الدافع عليه بشيء لأنه سيأخذ هذا العوض من المدفوع له كما قدمنا . أما إذا كان الغير لم يدفع عوضاً بل تلقى العين تبرعاً ، فإن الدافع هنا أيضاً لا يرجع بشيء على الغير لأن هذا قد أثرى بسبب وهو عقد التبرع ، وقد مر ذكر ذلك . ولا محل لتطبيق العبارة الأخيرة

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن « الأثر القانونى المترتب على الحكم بقبول دعاوى الاسترداد هو أن المحكوم عليه الحسن النية لا يكون ملزماً إلا برد الزيادة التى حصلت فى ماله ، فلا يرد إلا ما حكم عليه برده إن كان قائماً ولم يهلك بحادث قهرى ، أو ثمنه الذى قبضه فعلا فى حالة ما إذا كان قد تصرف فيه بحسن نية ، كل ذلك من غير مطالبته بتعويض ما » (استئناف مصر ٢٩ نوفبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٣٧ ص ٧٩) ، انظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٦ .

من الفقرة الثانية من المادة ٢٥٧ من المشروع التمهيدى ، إذ هى إنما أجازت رجوع الدافع على الغير بقدر ما أثرى تمشياً مع الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع التمهيدى التى كانت تنص على أنه « إذا تبرع المثرى بما أثرى به كان من صدر له التبرع مسئولا أيضاً عن التعويض ولكن بقدر ما أثرى » . وقد بينا أن هذا الحكم على عدالته فيه خروج على القواعد العامة . ولما كان كل من هذين النصين قد حذف من المشروع التمهيدى ، فلا محل لتطبيق ماقضى به من حكم لا يتفق مع هذه القواعد . ونستخلص من ذلك ، فى العلاقة ما بين الدافع والغير ، وأن الدافع يسترد العين من الغير بدعوى الاستحقاق إلا إذا كسب الغير ملكية العين بسبب كالتقادم أو الحيازة ، فلا يرجع الدافع عليه بشىء فى هذه الحالة ، سواء فى ذلك تلقى الغير العين معاوضة أو تلقاها تبرعاً[1] .

§ ٢ — المدفوع له سيء النية

٨٤١ — إذا أثبت الدافع أن المدفوع له سيء النية ، وأنه كان يعلم وقت تسلمه الشىء أو بعد ذلك أن الشىء غير مستحق له ، وجب التمييز هنا أيضاً بين ما إذا كان المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية أو كان عيناً معينة بالذات .

(١) المدفوع نقوداً أو أشياء مثلية :

٨٤٢ — يرد المدفوع له مقدار النقد الذى تسلمه ، ويعوض عن تغير سعر النقد لأنه سيء النية . وإذا كان المدفوع أشياء مثلية ، ردها بالقدر الذى أخذ على النحو الذى بيناه فى حالة ما إذا كان المدفوع له حسن النية .

أما الثمرات والفوائد فيلزم بها المدفوع له سيء النية . وفى هذا تقول الفقرة الثانية من المادة ١٨٥ : « أما إذا كان سيء النية فإنه يلتزم أن يرد أيضاً الفوائد والأرباح التى

(١) سنورد فى مكان آخر ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذه النصوص المحذوفة .

جناها ، أو التي قصر في جنيها ، من الشيء الذي تسلمه بغير حق ، وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سيء النية »[١] .

(ب) المدفوع عين معينة بالذات :

٨٤٣ — رد العين والثمار واسترداد المصروفات : يلتزم المدفوع له سيء النية برد العين للدافع ما دامت قائمة (المادة ٢٥٥ المحذوفة من المشروع التمهيدي) . ويلتزم أيضاً برد الثمار التي قبضها فعلا أو التي قصر في قبضها[٢] . وقد رأينا أن المادة ٩٧٩ تقضي في هذا الصدد بأن « يكون الحائز سيء النية مسئولا من وقت أن يصبح سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها ، غير أنه يجوز أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار »[٣] .

---

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « أما سيء النية فيلزم على نقيض ذلك برد الفوائد أو الأرباح التي حصل عليها أو كان بوسعه أن يحصل عليها من الشيء من وقت القبض أو من الوقت الذي أصبح فيه سيء النية . وهذا أيضاً تطبيق للقواعد العامة لأن الحائز سيء النية لا يكون له حق في الثمرات . ويراعى في الحالة الأخيرة أنه إذا كان الشيء المقبوض مبلغاً من النقود فيلتزم من قبضه برد الفوائد محتسبة على أساس السعر المقرر في القانون حتى قبل رفع الدعوى . وهذه حالة من حالات الاستثناء النادرة التي ترد على قاعدة عدم استحقاق الفوائد القانونية إلا من تاريخ رفع الدعوى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٠) . انظر استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٢٧ — وفي ٣١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٣ — وفي ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١ .

وتطبيقاً لرد الفوائد عن النقود التي أخذت بغير حق ، قضت محكمة النقض بأنه : « لا مخالفة للقانون في القضاء بإلزام المقرض بالربا الفاحش بفوائد المبالغ المحكوم عليه بردها محسوبة من تاريخ قبضها » (نقض ٩ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٨ ص ١٩٢) .

أما محكمة الاستئناف المختلطة فكانت لا تقضي في مبدأ الأمر برد الفوائد الربوية ، ثم قضت بذلك ، وترددت ، حتى استقرت على الرد (انظر استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٤١ : ويلخص الحكم تطور القضاء المختلط في هذه المسألة) .

(٢) استئناف مختلط في ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٣ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن « من اشترى عقاراً فأخرج منه واضع اليد عليه ، فله إن كان واضع اليد سيء النية أن يطالبه بثمار هذا العقار لا من تاريخ تسجيل عقد البيع فقط بل من =

وأما المصروفات فإن كانت ضرورية استردها كلها (م ٩٨٠ فقرة أولى) . وإن كانت نافعة كان للدافع أن يطلب إزالة ما استحدث أو استبقاءه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى قيمة العين بسبب هذه المصروفات (م ٩٨٠ فقرة ٢ وم ٩٢٤) . وإن كانت كمالية فلا يرجع بشىء على الدافع ، ولكن له أن ينزع ما استحدث على أن يعيد العين إلى حالتها الأولى ، إلا إذا اختار الدافع أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (م ٩٨٠ فقرة ٣)[1] .

٨٤٤ — حالة هلاك العين أو تلفها أو ضياعها : وإذا هلكت العين أو تلفت أو ضاعت فى يد المدفوع له سيىء النية ، التزم برد قيمتها وقت الهلاك أو التلف أو الضياع ، وذلك دون إخلال بحق الدافع فى استرداد العين تالفة مع التعويض عن التلف (م ٢٥٦ المحذوفة من المشروع التمهيدى) . وقد قضت المادة ٩٨٤ التى تقرر القاعدة العامة فى هذه المسألة بالحكم الآتى : « إذا كان الحائز سيىء النية فإنه يكون مسئولا عن هلاك الشىء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجىء إلا إذا ثبت أن الشىء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً فى يد من يستحقه » . ويتبين من ذلك أن المدفوع له سيىء النية يكون مسئولا عن هلاك العين ولو كان الهلاك بقوة قاهرة ، ولا يعفيه من المسئولية

= تاريخ العقد نفسه » (استئناف ٣ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٨٤ ص ١٩١) . وقضت بأنه « فى حالة وضع يد بعض الورثة على التركة ومنعهم أحد الورثة من استلام نصيبه يلزم الورثة واضعو اليد جميعاً بالرجوع للوارث الذى حرم من وضع يده ، ولهؤلاء الورثة تقسيم المسئولية فيما بينهم إن شاءوا بنسبة ما انتفع به كل منهم من الأطيان » (استئناف ٥ نوفبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٣٢٢ ص ١٨١) . وقضت بأن « الشخص الذى يضع يده على أعيان باعتباره مالكا بمقتضى عقد صدر له من المورث أضيف فيه التمليك والتصرف إلى ما بعد الوفاة واعتبر وصية باطلة لصدورها لوارث يكون مسئولا عن الريع لأن نيته لم تكن حسنة فيما استهلك منه » (استئناف ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣١٥ ص ٥٢٠) .

(١) وقد سبق أن أشرنا إلى التسهيلات التى منحها التقنين المدنى الجديد للدافع الذى يلتزم برد المصروفات للمدفوع له (م ٩٨٢) .

إلا أن يثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد الدافع[1] . وهذا بخلاف المدفوع له حسن النية ، فهو لا يسأل كما رأينا عن هلاك العين إلا إذا وقع الهلاك بخطئه ، وعلى الدافع أن يثبت هذا الخطأ .

٨٤٥ — *حالة خروج العين من يد المدفوع له إلى يد أخرى* : وإذا خرجت العين من يد المدفوع له سيء النية ، فقد نصت المادة ٢٥٨ المحذوفة من المشروع التمهيدى على ما يأتي : « ١ — من تسلم ولو بحسن نية الشيء المعين بالذات وتصرف فيه بعوض بعد أن علم أنه ملتزم برده وجب عليه أن يرده عيناً أو أن يرد قيمته وقت رفع الدعوى ، على أنه يجوز لمن سلم هذا الشيء أن يطالب من تصرف فيه بما قبضه من عوض أو بأن يحل محله في دعوى المطالبة بهذا العوض . ٢ — فإذا كان من تسلم الشيء قد تصرف فيه بغير عوض ولم يقم برده عيناً ، التزم من صدر له هذا التبرع بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به قبل من سلم الشيء غير المستحق » . والفقرة الثانية من هذا النص لا تتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، فيجب إغفالها مادامت قد حذفت من المشروع التمهيدى . وتبقى الفقرة الأولى وهي تطبيق للقواعد العامة . ويتبين منها أن المدفوع له سيء النية إذا تصرف في العين معاوضة كان ملزماً قبل الدافع برد العين إليه ، ويتم ذلك بانتزاعها من الغير الذى تصرف له . فإن عجز عن ذلك ، كان الدافع مخيراً بين قيمة العين[2] والعوض الذى أعطى فيها . أما إذا تصرف المدفوع له تبرعاً فلا يبقى أمام الدافع إلا استرداد العين ذاتها إذا كان ذلك ممكناً أو الرجوع بقيمتها على المدفوع له .

وفي العلاقة ما بين الدافع والغير الذى انتقلت إليه العين لا يختلف الحكم عما قررناه

---

(١) قارن مسئولية السارق ، فإن الشيء المسروق إذا هلك أو ضاع بأية صورة كانت ، حتى لو ثبت أن الشيء كان يهلك لو بقي في يد مالكه ، فان تبعة الهلاك تقع على السارق في جميع الأحوال (م ٢٠٧ فقرة ٣) .

(٢) النص المحذوف من المشروع التمهيدى يجعل العبرة في تحديد قيمة العين بوقت رفع الدعوى ، ولكن لما كانت القواعد العامة هي التى يجب تطبيقها بعد حذف هذا النص ، فإن هذه القواعد تقضى بتحديد قيمة العين وقت التصرف فيها .

فى صدد المدفوع له حسن النية إذا انتقلت العين من يد إلى يد أخرى معاوضة أو تبرعاً . ذلك أن الغير فى علاقته بالدافع لا يتأثر بنية المدفوع له ، حسنة كانت هذه النية أو سيئة[1] .

---

(١) وننقل هنا — بعد أن فرغنا من الكلام فى النصوص المحذوفة من المشروع التمهيدى — ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى صدد هذه النصوص : « تتناول هذه النصوص المتتابعة حالات خاصة لها أهمية بالغة فى الحياة العملية ، حيث يكون الشىء الذى قبض بغير حق معيناً بالذات . فاذا بقى الشىء فى يد من قبضه وجب عليه أن يرده بعينه ، إما إلى من سلمه ، ويكون ذلك بمقتضى التزام شخصى ، وإما إلى مالكه إذا طالب باستحقاقه له . — فإذا ضاع هذا الشىء أو تلف بسبب أجنبى ، فيجب التفريق بين حالة من تسلم بحسن نية وحالة من تسلم وهو سيىء النية . فنى الحالة الأولى يتحمل مالك الشىء تبعة الضياع أو التلف ، ولا يلزم حسن النية برد شىء ما ، وفقاً للقواعد العامة . وفى الحالة الثانية يكون من تسلم الشىء قد ارتكب خطأ ما دام قد تسلمه وهو سيىء النية ، فهو يتحمل تبعة هذا الخطأ ولو كان التلف أو الضياع بحادث جبرى ، وبذلك يلتزم برد قيمة الشىء وقت ضياعه أو تلفه ، أى فى آخر وقت كان يتعين عليه الرد فيه . على أن لمن سلم الشىء ، فى حالة التلف ، أن يطالب بالشىء التالف مع التعويض عن نقص قيمته . وغنى عن البيان أنه إذا تسبب الضياع أو التلف بخطأ شخص معين ، كان من وقع منه هذا الخطأ مسئولا عنه . فإذا خرج الشىء من يد من تسلمه على أثر التصرف فيه بعوض فيجب التفريق كذلك بين التصرف بحسن نية وبين التصرف بسوء نية . ويراعى أن من يتسلم الشىء وهو حسن النية قد يصبح سيىء النية وقت التصرف ، ولا عكس ، فسيىء النية عند التسلم لا يصبح حسن النية وقت التصرف على أى حال . فاذا وقع التصرف بحسن نيـة ، وكان من قبيل المعاوضة ، فلمن سلم الشىء أن يرجع (ا) على من تسلمه منه ، ويتعين على هذا الأخير رد العوض الذى قبضه أو تحويل حقه فيه ، ولا يلزم برد الشىء عيناً كما هو الشأن فى حالة التصرف بسوء نية . (ب) وله أن يرجع على المتصرف له ، فهو لا يكسب ملكية الشىء بمقتضى تعاقده مع من تسلم هـذا الشىء ، لأنه تعامل مع غير مالك . فيجوز لمن سلم الشىء أن يطالب باستحقاقه له ، ما لم يكن المتصرف له قد كسب حق الملك فيه بالتقادم أو بالحيازة إن كان من المنقولات . ولا يخل ذلك بما يكون للمتصرف له من حق فى الرجوع بالضمان على من تعاقد معه ، وهو من تسلم الشىء وأدلى إليه به . فاذا كان التصرف من قبيـل التبرعات ، فلمن سلم الشىء أن يسترده من يد المتصرف له ، وله كذلك أن يطالبه بقيمة ما أثرى به إن تم له كسب ملكية الشىء من طريق التقادم أو الحيازة باعتبار أن دفع الضرر مقوم على جلب المنفعة (انظر الفقرة الثانية من المادة ٢٤٨ من المشروع — ونستدرك هنا على المذكرة الإيضاحية أن هذا الحكم لا يسرى لأن النص عليه قد حذف وهو لا يتفق مع القواعد العامة) . أما إذا كان التصرف من قبيل المعاوضات ووقع بسوء نية ، فلمن سلم الشىء أن يرجع على من تسلمه منه وعلى المتصرف له كما هو الشأن فى الفرض الذى تقدمت الإشارة إليه ، مع فارق يتمثل فيما يتصل بحق الرجوع من رخص الخيار . ذلك أن من سلم الشىء يكون فى هذه الحالة بالخيار بين إلزام المتصرف بأن يؤدى ما قبض من عوض ، أو إلزامه بأن يحل محله فى دعوى المطالبة بهذا العوض . هذا فضلا عن حقه الأصيل فى إلزامه برد الشىء عيناً أو رد قيمته وقت رفع الدعوى لا وقت الضياع لأن الشىء لا يزال قائماً (كذا) . وإن كان التصرف تبرعاً جاز لمن سلم الشىء أن =

§ ٣ — حالتان ذاتا أحكام خاصة

٨٤٦ — الوفاء بدين مؤجل والوفاء لناقص الأهلية : هناك حالتان فى دفع غير المستحق لهما أحكام خاصة : (١) حالة الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل (٢) حالة الوفاء لناقص الأهلية[١] .

٨٤٧ — (١) الوفاء بالدين المؤجل قبل حلول الأجل : قدمنا أن المادة ١٨٣ من التقنين المدنى الجديد نصت على ما يأتى : « ١ — يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله وكان الموفى جاهلا بقيام الأجل . ٢ — على أنه يجوز للدائن أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . فإذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقوداً التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الأجل »[٢] . ولا مقابل لهذا النص فى القانون المدنى القديم ، فالحكم مستحدث .

= يرجع على من تسلمه منه ، وله أن يلزمه برد الشىء بعينه أو برد قيمته وقت رفع الدعوى دون رد العوض، إذ المفروض أن التصرف وقع بغير مقابل . وله كذلك أن يسترد الشىء من يد المتصرف له ، فاذا كان هذا قد كسب حق الملك عليه بالتقادم أو بالحيازة أو لم يتيسر لمن تسلمه أن يرد قيمته التزم قبل من سلم الشىء بتعويض لا يجاوز قيمة ما أثرى به كما هو الشأن فى الفرض السابق (عين الاستدراك المتقدم) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٥٨ — ص ٤٥٩) .

(١) وكان القانون المدنى القديم يضيف حالة ثالثة هى حالة الوفاء بالتزام مخالف للآداب فلا يسترد ما دفع فى بعض الأحوال . ولكن التقنين الجديد أغفل هذه الحالة كما بينا عند الكلام فى بطلان العقد (انظر آنفاً فقرة ٣٣٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٥٢ من المشروع التمهيدى مع خلافات لفظية طفيفة ومع إغفال عبارة « وكان الموفى جاهلا بقيام الأجل » فى آخر الفقرة الأولى . وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال التعديلات اللفظية فأقرتها اللجنة وأصبح رقم المادة ١٨٨ فى المشروع النهائى . وفى مجلس النواب ووفق على المادة تحت رقم ١٨٨ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تليت المادة ، فاقترح حذفها لما تحدثه من اضطراب فى المعاملات على أن تطبق فى الحالات المنصوص عليها فيها المواد السابقة الخاصة بالإثراء بلا سبب . فعارض فى ذلك ممثل الحكومة قائلا إن حكم الفقرة الثانية من المادة ١٨٦ ينصرف إلى من لا يكون ملزماً بالوفاء أصلا وإن هذه المادة تتكلم عن شخص ملزم إلا أن أجل الوفاء لم يحل بعد ، وإن الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله أنه يدفع ما ليس مستحقاً عليه من وجه ، فإذا تم الدفع =

والمفروض أن المدين وفّى الدين المؤجل قبل حلول أجله وهو جاهل قيام الأجل أو وهو مكره على ذلك ، لأنه لو وفى الدين المؤجل وهو عالم بقيام الأجل غير مكره على الوفاء لحمل ذلك منه على أنه نزول عن الأجل ، فلا يرجع بشيء على الدائن . والأصل أن المدين إذا وفّى الدين قبل حلول أجله على الوجه الذى بيناه كان له أن يسترد ما دفع بدعوى غير المستحق ، ثم يوفى الدين عند حلول الأجل . ولكن يجوز للدائن — بدلا من أن يرد الدين ثم يستوفيه ثانية عند حلول أجله — أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر . وهذا يؤدى من الناحية العملية إلى عين النتيجة الأولى مع اختصار فى الإجراءات . وضربت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى مثلا لذلك : مقاول اعتقد خطأ أنه ملزم بتسليم بناء قبل الموعد المقرر بستة أشهر ، وتحمل بسبب ذلك نفقات إضافية ، فيحق له أن يطالب الدائن ، إذا لم يشأ هذا أن يرد البناء الذى تسلمه إلى أن يحل الأجل ، بأقل القيمتين ، قيمة النفقات الإضافية التى تقدمت الإشارة إليها وقيمة إيراد البناء فى الشهور الستة[1] . وإذا كان الدين الذى وفى قبل

= من جراء غلطة أو من جراء ظروف لها حكم الغلط ، فلمن دفع أن يسترد ما أداه على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل ، وقد آثر المشروع الأخذ بهذا الرأى لسلامة منطقه . واقترح أحد الأعضاء استبدال عبارة « إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام » بعبارة « إذا كان التسليم قد تم وفاء لالتزام » فى الفقرة الأولى ، كما اقترح إضافة عبارة « وكان الموفى جاهلا قيام الأجل » فى آخر الفقرة . فوافقت اللجنة على ذلك . وجاء فى تقريرها أنها أضافت إلى الفقرة الأولى عبارة « وكان الموفى جاهلا قيام الأجل » لأن الموفى لو كان عالماً بقيام الأجل ووفى رغم علمه هذا حمل منه ذلك محل التنازل عن الأجل . وفى مجلس الشيوخ ووفق على المادة كما عدلتها اللجنة تحت رقم ١٨٣ . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥١ — ص ٤٥٤) .

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « الأصل فيمن يقوم بالوفاء بدين قبل حلول أجله أنه يدفع ماليس مستحقاً عليه من وجه . فإذا تم الدفع من جراء غلطه أو من جراء ظروف لها حكم الغلط ، فلمن دفع أن يسترد ما أداه ، على أن يقوم بالوفاء عند حلول الأجل . وقد آثر المشروع الأخذ بهذا الرأى لسلامة منطقه ، مقتفياً فى ذلك أثر المشروع الفرنسى الإيطالى ، ولو أن بعض تقنينات أخرى قد أعرضت عنه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥١ — ص ٤٥٢) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٤ (مطابق) — الليبى م ١٨٦ (مطابق) — العراق م ٢٣٥ (موافق) — اللبنانى م ١٤٤ أولا (مقارب) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢ .

حلول الأجل نقوداً ولم يردها الدائن للمدين على أن تؤدى إليه عند حلول الأجل ، كان للمدين — على ما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى[١] — « أن يطالب بما يغل الدين من فائدة بحسب السعر المتفق عليه ، أو بحسب السعر المقرر فى القانون إذا لم يكن ثمة اتفاق فى هذا الشأن » ، وذلك عن المدة الباقية لحلول الأجل . فهذه الفائدة هى التى تمثل ما أفاد الدائن من التعجيل فى استيفاء حقه فى حدود ما أصاب المدين من الضرر من جراء الوفاء قبل حلول الأجل[٢] .

٨٤٨ — (٢) **الوفاء لناقص الأهلية** : تنص المادة ١٨٦ على أنه : « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به »[٣] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٢ .

(٢) هذا ولما كان القانون المدنى القديم لم يجز دعوى غير المستحق فى الدين الذى وفى قبل حلول أجله (الموجز للمؤلف فقرة ٤٠٢ — الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٣٩٦ هامش رقم ١ — انظر أيضاً المادة ١١٨٦ من القانون المدنى الفرنسى — ومع ذلك قارن دى هلتس ٢ ص ٩٣ فقرة ١٤٤) ، فإن التقنين المدنى الجديد يكون قد استحدث هنا حكماً جديداً كما قدمنا . وليس لهذا الحكم الجديد أثر رجعى . فاذا وفى مدين ديناً قبل حلول أجله ، ووقع الوفاء قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فلا يرجع بشىء على الدائن حتى لو كان أجل الدين لا يحل إلا فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، أو فى ميعاد بعد ذلك . أما إذا وقع الوفاء فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك التقنين الجديد هو الذى ينطبق ، ويرجع المدين على الدائن بدعوى غير المستحق على النحو الذى بيناه ، حتى لو كان الدين الذى وفى قبل حلول أجله قد نشأ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ومن ثم نرى أن العبرة فى تطبيق التقنين الجديد لا تكون بتاريخ نشوء الدين ولا بتاريخ حلول الأجل ، ولكن بتاريخ الوفاء المعجل ، فإن هذا الوفاء المعجل هو الواقعة التى ترتب عليها التزام المدفوع له برد غير المستحق . فإذا وقع الوفاء المعجل فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك كان التقنين الجديد هو الواجب التطبيق ، وإذا وقع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فالقانون القديم هو الذى يطبق .

[وقارن سليمان مرقس فقرة ٥٧٨ صفحة ٧٨٨ حيث يرى أن الحكم الذى ورد فى الفقرة الأولى من المادة ١٨٣ من التقنين المدنى الجديد ليس مستحدثاً بل هو مجرد تطبيق للقواعد العامة التى كان معمول بها فى ظل القانون المدنى القديم] .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « إذا كان من تسلم شيئاً غير مستحق لا تتوافر فيه أهلية التعاقد ، فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به حتى لو كان سيىء النية ، وهذا مع عدم الإخلال بحكم المادة ٢٥٥ » . وفى لجنة المراجعة اقترح حذف العبارة =

وإذا كان الدافع تشترط فيه الأهلية ، حتى أنه لو دفع وهو غير أهل للوفاء فإنه يسترد مادفع كما سبق أن بينا ، فإن المدفوع له لا تشترط فيه الأهلية فى الأصل ، إذ أن التزامه بالرد لا يقوم على إرادته ، بل هو التزام قوامه قاعدة الإثراء بلا سبب على ما قدمنا . غير أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية ، بأن كان قاصراً أو محجوراً عليه ، عومل برعاية أكبر من الرعاية التى يعامل بها كامل الأهلية نظراً لنقص أهليته . فهو لا يلتزم برد ما أخذ إلا فى حدود ما انتفع بهفعلا[1] . وفى هذا رجوع عن خاصية دفع غير المستحق التى تعتبر قيمة الإثراء بمقتضاها هى عين قيمة الافتقار ، ويعتبر المدفوع له قد أثرى بذات القيمة التى افتقر بها الدافع على النحو الذى قدمناه . وتكون العبرة فى إثراء ناقص الأهلية ، الذى تسلم غير المستحق ، هو ما انتفع به فعلا لا حكماً .

وينبني على ذلك أن المدفوع له إذا كان ناقص الأهلية ، وتسلم عيناً معينة بالذات فهلكت العين أو تلفت أو ضاعت بغير خطئه ، لا يكون ملزماً بشىء قبل الدافع حتى لو كان سيىء النية ، لأن ما فقده دون أن ينتفع به لا يدخل فى تقدير إثرائه وفقاً للمبدأ العام فى قاعدة الإثراء[2] . أما إذا كان الهلاك أو التلف أو الضياع قد وقع بخطئه ، فإنه يلتزم بالتعويض لأن ناقص الأهلية يلتزم بالخطأ .

= الأخيرة لعدم ضرورتها ، فأقرت اللجنة ذلك وأصبح النص النهائى الذى قدمته اللجنة تحت رقم ١٩١ على الوجه الآتى : « إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩١ . ووافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على المادة دون تعديل وأصبح رقمها ١٨٦ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦١ — ص ٤٦٢) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٧ (مطابق) — الليبي م ١٨٩ (مطابق) — العراق م ٢٣٤ (موافق) — اللبنانى لا مقابل .

(١) استئناف مختلط فى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٠ .

(٢) أما كامل الأهلية فإنه يلتزم برد قيمة الشىء كما رأينا . (قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٥٤) .

[وانظر دى باج جـ ٣ بند ١٥ ص ٢٢] .

وينبنى على ذلك أيضاً أنه إذا تبرع المدفوع له وهو ناقص الأهلية بالعين التى تسلمها دون حق ، لم يرجع الدافع عليه بشىء لأنه لم ينتفع بالعين ، حتى لو كان سيىء النية وقت أن تبرع (١) .

---

(١) وقد رأينا فيما تقدم أن كامل الأهلية يلتزم برد قيمة الشىء . هـذا والدافع هو الذى يقع عليه عبء الإثبات فى بيان أن ناقص الأهلية قد أثرى وفى تقدير مدى إثرائه ، وذلك وفقاً للمبادىء التى قررناها فى دعوى الإثراء بلا سبب (أنظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٥٥) وانظر أيضاً محكمة الاستئناف الوطنية فى ٧ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٥ ص ٦٨ — وفى ٥ فبراير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٣٤ ص ١٠٥٢ — ويجوز الإثبات بجميع الطرق لأن المطلوب هو إثبات واقعة مادية . ولـكن لا يجوز الاستدلال على حصول المنفعة لناقص الأهلية بالمستندات المضاة منه لأنها هى أيضاً باطلة .

وهذا ما ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن النص الذى نحن بصدده : « لا يشترط للالتزام برد ما سلم بغير حق أن يكون المدين أهلا للتعاقد . ذلك أنه لا يلتزم التزاماً إرادياً ، بل ينشأ التزامه برد ما أدى إليه عن واقعة تسلم ما لم يكن مستحقاً له . ولـكن إذا كان من تسلم الشىء غير كامل الأهلية فلا يكون التزامه والتزام كامل الأهلية من حيث المدى بمنزلة سواء . فيجوز أن يلزم كامل الأهلية بما يربو على قيمة ما أثرى به ، وبوجه خاص فى حالة ضياع الشىء (م٢٥٦) وحالة التصرف فيه بسوء نية (م٢٥٨) . أما ناقص الأهلية فلا يلتزم على النقيض من ذلك إلا بقيمة ما أثرى به ولو كان سيىء النية ، ولا يلزم بشىء ما إذا فقد ما تسلمه بحادث فجائى . وهو لا يؤدى كذلك إلا ما قبض من عوض إذا تصرف فيما تسلم بسوء نية دون أن يلزم برد الشىء عيناً أو بأداء قيمته على نحو ما يلزم بذلك كامل الأهلية . وتستثنى من حكم القاعدة المتقدمة حالة تسلم ناقص الأهلية لشىء معين بالذات ، فهو يلزم برده عيناً ما دام قائماً ولو أنه لم يثر منه باعتبار أنه لم يدخل فى ذمته . وهذا هو ما قصد من التحفظ الخاص بالمادة ٢٥١ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦١ — ٤٦٢) .

ويعتبر ناقص الأهلية قد أفاد مما أخذه إذا كان قد وفى به ديناً عليه ، أو اشترى به شيئاً نافعاً ولو قلت قيمة هذا الشىء بعد ذلك أو انعدمت بسبب طبيعى ، أو رمم به عقـاراً حتى لو هلك العقار بعد ذلك بقوة قاهرة ، أو بقى المال الذى أخذه فى يده إلى وقت الرد (استئناف وطنى فى ٢٧ نوفبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢) . ويعتبر مفيداً ما صرفه القاصر فى ضرورياته أو فى كمالياته المعقولة التى يحصل عليها أمثاله (استئناف مختلط فى ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٥٠ — وفى أول يونيه سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٦) . ويعتبر غير مفيد ما بدده ناقص الأهلية فى ملاهيه أو فى المقامرة أو فى شراء أشياء غير مفيدة وغير متناسبة مع حالته الاجتماعية ومقدار ثروته أو فى أشياء ضارة كالمواد المخدرة ، أو أضاع المـال عن خرق أو عدم حيطة (انظر فى كل ذلك نظرية العقد للمؤلف فقرة ٦١٣) .

المطلب الثالث

سقوط دعوى استرداد غير المستحق

٨٤٩ — وجهان خاصان للسقوط : دعوى استرداد غير المستحق تخضع للقواعد العامة فى انقضائها وفى سقوطها . غير أن لها وجهين للسقوط خاصين بها : أولهما إذا كان المدفوع له حسن النية وتجرد من سند الدين أو من تأميناته أو ترك دعواه تسقط بالتقادم (م ١٨٤) . والوجه الثانى سقوط الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد (م ١٨٧) .

§ ١ — تجرد المدفوع له حسن النية من سند الدين أو من تأميناته أو تركه دعواه تسقط بالتقادم

٨٥٠ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٨٤ على أنه « لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد عن سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم . ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء »[(١)].

وهذا النص أشمل وأوفى من النص الذى كان فى القانون القديم مقابلا له . فقد كانت المادتان ١٤٨/٢٠٩ من القانون القديم تنصان على أنه « لا يكون الرد مستحقاً إذا دفع إنسان دين شخص آخر غلطاً لدائن ذلك الشخص ، وقبضه الدائن المذكور معتقداً صحة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٥٣ من المشروع التمهيدى كما هو . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٨٩ . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل . ثم وافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ عليه دون تعديل وأصبح رقمه ١٨٤ . ووافق مجلس الشيوخ عليه دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥ — ٤٥٦) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٥ (مطابق) — الليبى م ١٨٧ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى م ١٤٤ ثالثاً (موافق) .

الدفع ، وانعدم سند الدين . وإنما يجوز الرجوع بالمدفوع على المدين الحقيقي » . ووجه الشمول في النص الجديد أنه لم يقتصر على حالة انعدام سند الدين ، بل شمل التجرد من سند الدين بصفة عامة ، وألحق بهذه الحالة ما يعادلها : التجرد من تأمينات الدين وترك الدعوى تسقط بالتقادم[1] .

٨٥١ — التجرد من سند الحق أو من التأمينات : والمفروض أن غير المدين دفع الدين للدائن . وكان هذا حسن النية وقت استيفاء حقه ، فأعدم سند الدين ، أو سلمه للدافع ولم يستطع إرجاعه ، أو أغفل المحافظة عليه بأي وجه من الوجوه ، أو تجرد من تأمينات الدين بأن أغفل قيد الرهن ، أو لم يجدد القيد ، أو نزل عن الرهن . أو أبرأ ذمة الكفيل ، أو نحو ذلك . ففي كل هذه الفروض يسقط حق الدافع في الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق ، لأن هذا الحق قد تعارض مع حق آخر لشخص حسن النية هو المدفوع له ، وقد تجرد من سند الدين أو من التأمينات اعتماداً على استيفائه لحقه . فالمدفوع له لم يقصر ، والمقصر هو الدافع إذ دفع الدين غلطاً وغلطه هذا ينطوي على ضرب من التقصير . هذا التعارض بين الحقين هو الذي جعل الغلبة لحق المدفوع له حسن النية ، ورجح كفة غير المقصر على كفة المقصر[2] .

---

(١) وكان القضاء المصري يفسر عبارة « وانعدم سند الدين » التي وردت في القانون القديم تفسيراً ضيقاً . فقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه « إذا دفع المشتري الثمن لدائن مرتهن ، ثم استحق المبيع أو أبطل البيع فخرجت العين من يده ، كان دفعه الثمن للدائن المرتهن قائماً على غير سبب ، وله أن يسترد الثمن الذي دفعه . ولا يمنعه من ذلك أن يكون الدائن قد عمد إلى شطب الرهن بعد أن استوفى حقه ، فإن نص القانون إنما يمنع الاسترداد في حالة انعدام السند ، أي في حالة زواله بحيث يصبح مستحيلا على الدائن أن يثبت حقه . وما لم يشتمل شطب الرهن على النزول صراحة عن الرهن ذاته فإنه لا يفقد الدائن حقه في الرهن . ولا يزال السند المنشىء للحق باقياً على كل حال يستطيع به الدائن أن يرجع على مدينه (استئناف مختلط ٢٣ نوفبر سنة ١٨٩٩م ١٢ ص ٢٧) . ومع ذلك فقد توسعت محكمة الاستئناف المختلطة أخيراً في التفسير فقاست على « انعدام السند » تقادم الدين ، إذ قضت بأنه « في تطبيق المادة ٢٠٩ من القانون المدني المختلط المتعلقة باسترداد غير المستحق يقاس على حالة انعدام السند حالة تقادم الدين » (استئناف مختلط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٧٢) .

(٢) [انظر مارتي ورينو جـ ٢ ص ٦٥٨ بند ٦٢٧ — دي باج جـ ٣ بند ١١ ص ١٧ — بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٧٢٤ ص ٣٤١] .

٨٥٢ — ترك الدعوى تسقط بالتقادم : ويلتحق بذلك أن يكون الدائن قد ترك دعواه قبل المدين الحقيقي تسقط بالتقادم بعد أن اطمأن إلى استيفائه لحقه . فهنا أيضاً يتعارض الحقان ، ويرجح حق الدائن حسن النية ، فلا يجوز للدافع الرجوع عليه ، لأنه إذا رجع واسترد ما دفع ، لم يستطع الدائن الرجوع على المدين الحقيقي لتقادم دعواه ، شأنه فى ذلك شأن الدائن الذى تجرد من سند الدين أو من تأميناته[١] .

٨٥٣ — رجوع الدافع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء : وإذا كان الدافع لا يحق له الرجوع على المدفوع له بدعوى غير المستحق ، فإن الطريق يبقى أمامه مفتوحاً للرجوع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء بلا سبب ، فقد دفع له دينه ، فأثرى هذا بقدر ما افتقر ذاك . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الصدد ما يأتى : « على أن الغير لا يظل محروماً من حق الرجوع بما أداه . فالمدين الحقيقي وقد قضى دينه بفضل هذا الوفاء يلتزم قبله بالتعويض وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب . وقد يخشى فى حالة سقوط الدين بالتقادم من تواطؤ الدائن مع الغير على تصوير مخالصة يقدم تاريخها للإيهام بحصول الوفاء قبل انقضاء مدة السقوط ، وبذلك يكون التحايل قد هيأ للغير حق الرجوع على المدين . ويلوح أنه ينبغى أن يكون للمخالصة تاريخ ثابت فى مثل هذه الحالة درءاً لمثل هذا التحايل »[٢] .

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « إذا قام غير المدين بوفاء الدين معتقداً أنه ملزم بأدائه ، فمن حقه أن يسترد ما أدى وفقاً للقواعد الخاصة بدفع ما لا يستحق ، سواء أكان الدائن حسن النية أم سيئها . ومع ذلك فقد رؤى اختصاص الدائن حسن النية بقسط من الرعاية ، فأسقط عنه الالتزام بالرد إذا ترتب على استيفائه ما أدى للغير إلحاق ضرر بحقه ، إما من ناحية الواقع بسبب تجرده من سند الدين أو من التأمينات المخصصة للوفاء به ، وإما من ناحية القانون بسبب سكوته عن مطالبة المدين الحقيقي وتقادم دعواه قبله تفريعاً على ذلك . فالحق أن المقارنة بين الغير الذى أدى ديناً لم يكن ملزماً بأدائه وبين الدائن حسن النية وقد تجرد من سند دينه معتقداً صحة الوفاء تنتهى دون شك إلى توجيه ما ينبغى لمصالح الأخير من أسباب الحماية والتغليب . وقد أخذ التقنين الحالى (القديم) بهذا الحكم ولو أنه أفرغه فى عبارة يعوزها الوضوح ، إذ اقتصر فى المادة ١٤٨/٢٠٩ على النص على حماية الدائن حسن النية إذا « انعدم سند الدين دون أن يتناول بصريح النص حالات هامة كالتقادم وضياع التأمينات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥٥ .

والفرض الأخير الوارد فى المذكرة الإيضاحية يمكن تصويره على النحو الآتى : سقط الدين بالتقادم ، فعمد الدائن إلى التواطؤ مع أجنبى أعطاه مخالصة بالدين ، وجعل تاريخ المخالصة سابقاً على سقوط الدين بالتقادم فصوره بذلك شخصاً دفع الدين عن المدين قبل تقادمه ، فيستطيع الرجوع إذن على المدين بما دفع ، إذ لم تتقادم دعواه المبنية على الإثراء بلا سبب بالرغم من تقادم دعوى المدين . وبفضل هذا التواطؤ يستطيع الدائن أن يحصل بطريق غير مباشر على حق سقط بالتقادم . لذلك وجب أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ لجواز الاحتجاج بها على المدين ، فيمتنع التواطؤ ولا يستطيع الدائن أن يقدم تاريخ المخالصة ليقع فى وقت لم يكن الدين قد تقادم فيه .

§ ٢ — سقوط الدعوى بثلاث سنوات

٨٥٤ – النص القانونى : تنص المادة ١٨٧ على أنه « تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد . وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق[١] .

ويلاحظ أن دعوى غير المستحق — وهى فرع عن دعوى الإثراء بلا سبب وتترتب مثلها على التزام لا ينشأ بإرادة صاحبه — تتقادم بعين المدة التى تتقادم بها دعوى الإثراء بلا سبب .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٠ من المشروع التمهيدى مع اختلاف لفظى طفيف . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم ١٩٢ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٢ . ثم وافقت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ على النص مع حذف كلمة « بالتقادم » وأصبح رقمه ١٨٧ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٣ — ٤٦٤) . ويلاحظ أن كلمة « بالتقادم » قد حذفت لأنها لا ضرورة لها ، وسقوط دعوى غير المستحق بثلاث سنوات كسقوطها بخمس عشرة سنة إنما يأتى عن طريق التقادم .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٨ (مطابق) — الليبى م ١٩٠ (مطابق) — العراقى م ٢٤٤ (موافق) — اللبنانى لا مقابل .

٨٥٥ — السقوط بأقصر المدتين : ويتبين من النص أن دعوى غير المستحق تسقط بأقصر المدتين الآتيتين :

(١) ثلاث سنوات تسرى من اليوم الذى يعلم فيه الدافع بحقه فى الاسترداد . فلا يبدأ سريان التقادم هنا من يوم قيام الالتزام فى ذمة المدفوع له ، بل من اليوم الذى علم فيه الدافع بأنه دفع ديناً غير مستحق عليه ، ولما كان الدافع لا يعلم عادة بذلك إلا بعد انقضاء مدة من قيامه بالدفع ، فإن سريان هذا التقادم القصير يبدأ فى الغالب متأخراً عن سريان التقادم الطويل الذى سيأتى بيانه . وقد يتفق، مبدأ السريان فى كل من المدتين إذا كان الدافع لم يدفع عن غلط ، بل دفع مكرهاً أو كان ناقص الأهلية ، فإنه يكون عندئذ عالماً بحقه فى الاسترداد وقت قيام هذا الحق .

(٢) خمس عشرة سنة من يوم قيام الالتزام . ويقوم الالتزام من يوم دفع غير المستحق كما سبق أن بينا . وقد يبدو أن هذه المدة أطول بكثير من المدة الأولى ، وأن الدعوى تتقادم بالمدة الأولى قبل تقادمها بالمدة الثانية . وهذا صحيح فى الكثرة الغالبة من الأحوال . ولكن قد يقع — كما رأينا فى دعوى الإثراء — أن الدفع لا يعلم بغلطه إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة ، فإن الدعوى تتقادم فى هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم الدافع بحقه فى الاسترداد . وهذ ما قدره التقنين الجديد فتحوط له كما تحوط فى دعوى الإثراء[١] .

---

(١) وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت العلم حتى لو كان المدفوع له سيء النية بل وحتى لو استعمل طرق الغش للاستيلاء على ما أخذ . على أن محكمة النقض قضت فى ظل القانون القديم أن الدعوى تسقط بخمس عشرة سنة لا بخمس سنوات (المدة القصيرة فى الدعاوى التجارية) متى كان المدفوع له قد استعمل أساليب الغش حتى استخلص لنفسه ما أخذه من الدافع . وهذا هو المبدأ الذى قررته محكمة النقض : « إذا كانت المحكمة قد ارتكنت و قضائها للمدعى على المدعى عليه برد ما استلبه بطريق الغش على ما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى والتحقيقات المتعلقة بها من أنه قد استعمل أساليب الغش حتى استخلص لنفسه من =

الفرع الثانى

الفضالة (*)

(Gestion d'affaires)

٨٥٦ — نتكلم فى الفضالة على أركانها ثم على أحكامها .

= المدعى بلا وجه حق ولا مسوغ المبلغ الذى ألزمته برده ، فإن ذلك كاف وحده لصحة قضائها دون حاجة لبحث وتكييف العلاقة القانونية التى توسل بها الخصم إلى التدليس الذى ارتكبه . وإذن فلا يقبل الدفع بسقوط هذه الدعوى لمضى خمس سنين على اعتبار أن المعاملة بين المدعى والمدعى عليه إنما كانت تجارية ، لأن الغش الذى أثبتت المحكمة وقوعه يهدم كل اعتبار لهذه المعاملة » (نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٤ ص ٥٣٢) .

[وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كانت مبالغ المعاش التى استولى عليها الطاعن قد دفعت ونشأ الحق فى استردادها فى ظل القانون المدنى الملغى واستمر هذا الحق قائماً إلى تاريخ العمل بالقانون المدنى الجديد فإن الدعوى باستردادها لا تسقط إلا بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد أو بانقضاء خمس عشرة سنة من تاريخ نشوء هذا الحق ، أى المدتين أقصر ، نقض مدنى فى ٤ من مايو سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٤٣٧ رقم ٦٣] .

(*) المراجع : دى هلتس الجزء الثانى (Gestion d'affaires) — والتون الجزء الثانى — عبد السلام ذهنى فى الالتزامات — محمود هيبة فى الالتزامات — محمد صالح فى أصول التعهدات — الموجز فى الالتزامات للمؤلف — [أحمد حشمت أبو ستيت فى مصادر الالتزام فقرة ٦٠٩ — ٦٣٥ — عبد الحى حجازى فى مصادر الالتزام — محمد كامل مرسى فى المصادر غير العقدية — أنور سلطان فى مصادر الالتزام فقرة ٦٢١ — ٦٥١ — سليمان مرقس فقرة ٥٨١ — ٦١٤ — عبد المنعم فرج الصده فقرة ٥٧٨ — ٦٠٣] — بلانيول وريبير وإسمان الجزء السابع — ديموج الجزء الثالث — بلانيول وريبير وبولانجيه الجزء الثانى — كولان وكابيتان الجزء الثانى — جوسران الجزء الثانى — جوبليه (Goublet) رسالة من باريس سنة ١٩٠٤ — فيزيوز (Vizioz)، رسالة من بوردو سنة ١٩١٢ — جيلو (Guillot) رسالة من رن سنة ١٩٢٨ — ماريوت (Marlutte) رسالة من كان (Caen) سنة ١٩٣٠ — بيكار (Picard) فى المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٢١ ص ٤١٩ وما بعدها ، وسنة ١٩٢٢ ص ٥ وما بعدها — فلاتيه (Flattet) فى العقود لحساب الغير — [مارتى ورينو ج ٢ ص ٢٩٩ بند ٣٣٧ — دى باج ج ٢ ص ١٠٤١ بند ١٠٦٨ — بيدان ج ٩ مكرر ص ٣١٣ بند ١٦٩٣ — مقال لفرانسوا جوريه فى دالوز سنة ٥٣ ، باب المقالات ، ص ٣٩ وبحثه فى موسوعة دالوز تحت كلمة « فضالة »] .

المبحث الأول

أركان الفضالة

٨٥٧ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٨٨ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك[1] » .

ونصت المادة ١٨٩ على ما يأتى :

« تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى فى أثناء توليه شأناً لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من الارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر »[2] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٢ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة بعد أن أبدلت كلمة « ملتزماً » بكلمة « ملزماً » . وأصبح رقمه ١٩٣ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ١٩٣ . وفى لجنة القانون المدنى لمجلس الشيوخ رأى سعادة رئيس اللجنة حذف المادة لأنها أوردت تعريف الفضالة وأنه ليس من الحكمة إيراد التعاريف فى القانون ، بل الحكمة تقضى بإيراد الأحكام فقط ، ولكن أغلبية اللجنة وافقت على إبقاء المادة وأصبح رقمها ١٨٨ . ووافق مجلس الشيوخ عليها دون تعديل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٥ — ص ٤٦٦) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٨٩ (مطابق) الليبى م ١٩١ (مطابق) . العراق لا مقابل — اللبنانى م ١٤٩ — ١٥١ وم ١٥٣ (موافق) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « تقوم الفضالة حتى لو كان الفضولى مدفوعاً فى الوقت الذى يتولى فيه شأناً لنفسه إلى القيام بشأن غيره بسبب وجود ارتباط بين الشأنين لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر » . وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديلات لفظية ، فأقرت اللجنة النص تحت رقم ١٩٤ على الوجه الآتى : « تثبت الفضالة ولو كان الفضولى فى أثناء توليه شأناً لنفسه قد اندفع إلى القيام بشأن غيره لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر » . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل تحت رقم ١٩٤ . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ وافقت اللجنة على المادة مع استبدال كلمة « تولى » بعبارة « قد اندفع إلى القيام » . وأصبح رقم المادة ١٨٩ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة القانون المدنى . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٧ — ص ٤٦٩) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٠ (مطابق) — الليبى م ١٩٢ (مطابق) العراق لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

ونصت المادة ١٩٠ على ما يأتى :

« تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى »[(١)].

ويقابل هذه النصوص التى اشتمل عليها التقنين المدنى الجديد نص واحد فى القانون المدنى القديم هو نص المادة ١٤٤/٢٠٥ ، وقد جرت بما يأتى :

« من فعل بالقصد شيئاً تترتب عليه منفعة لشخص آخر ، فيستحق على ذلك الشخص مقدار المصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، بشرط ألا تتجاوز تلك المصاريف والخسارات قيمة ما آل إلى ذلك الشخص من المنفعة » .

ونص القانون القديم مبهم مضطرب المعنى ، فهو ليس صريحاً فى الانصراف إلى الفضالة فى خصوصها ، ولا هو يتمحض لتقرير قاعدة الإثراء بلا سبب فى عمومها[(٢)] . وقد أزالت نصوص التقنين الجديد هذا الإبهام والاضطراب[(٣)] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٤ من المشروع التمهيدى كما هو . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه دون تعديل تحت رقم ١٩٦ . ثم وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩٠ . ووافق عليه بعد ذلك مجلس الشيوخ دون تعديل . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ — ص ٤٧٢) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى ١٩١ (مطابق) — الليبى م ١٩٣ (مطابق) — العراق لامقابل — اللبنانى م ١٥٤ — ١٥٥ (موافق) .

(٢) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك عند الكلام فى قاعدة الإثراء بلا سبب . أنظر دى هلتس ٢ ص ١٩٥ فقرة ٤ — والتون ٢ ص ١٤٠ — ص ١٤١ — الموجز للمؤلف ص ٤٠٣ — ص ٤٠٤ .

أحمد حشمت أبوستيت ص ٤١٠ فقرة ٥٦٦ — عبد السلام ذهنى فى الالتزامات فقرة ٦٩٠ . بسصوروس فى تعليقاته على القانون المدنى ٢ ص٤٢٣ فى الهامش .

(٣) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « لا يتضمن التقنين المصرى الحالى (القديم) بشأن الفضالة سوى نص واحد ، اختلطت فيه شروط الفضالة بآثار الإثراء بلا سبب . وقد استبدل المشروع بهذا النص سلسلة متصلة الحلقات من المواد عرض فيها لتحديد نطاق الفضالة وآثارها تحديداً واضحاً . والحق أنه من الأهمية بمكان إيضاح ما يفرق من الحدود بين مبدأ الإثراء بلا سبب فى عمومه وبين الفضالة باعتبارها تطبيقاً خاصاً لهذا المبدأ . فيجب أن تتوافر شروط أربعة حتى يكون لواقعة من وقائع الإثراء مشخصات الفضالة ، وتعديل آثارها تفريعاً على ذلك . فإذا تخلف شرط من هذه الشروط =

٨٥٨ — أركان ثلاثة للفضالة : ويتبين من هذه النصوص الجديدة التى قدمناها أن الفضالة تتحقق بقيام أركان ثلاثة[1] :

(١) أن يقوم الفضولى بشأن عاجل لشخص آخر . وهذا هو الركن المادى .

(٢) أن يقصد ، فى قيامه بهذا الشأن العاجل ، مصلحة رب العمل . وهذا هو الركن المعنوى .

(٣) ألا يكون ، إزاء هذا الشأن العاجل ، ملتزماً به ولا موكلا فيه ولا منهياً عنه . وهذا الركن يمكن أن يطلق عليه الركن القانونى[2] .

ونستعرض هذه الأركان الثلاثة .

= لم يكن ثمة محل لإعمال الأحكام المتعلقة بهذا التطبيق الخاص ، وتعين الرجوع إلى المبدأ العام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠) . وجاء فى موضع آخر فى هذا الشأن ما يأتى : « أما فيما يتعلق بالفضالة فقد نص على توافر صفة الاستعجال فيما يتصدى الفضولى للقيام به . فهذه الصفة هى علة مايترتب على الفضالة من نيابة قانونية ومناط تفسير ما يتفرع عليها من حقوق والتزامات . وقد عنى المشروع بإيضاح الحدود التى تفرق بين نطاق تطبيق الفضالة ونطاق تطبيق الإثراء بلا سبب ، وعلى الوجه المخصوص فيما يتعلق بأحوال الفضالة التى يتولى فيها الشخص شؤون غيره معتقداً أنه يتولى شأن نفسه ، أو التى يتصدى فيها الشخص لشؤون غيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير » . مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٤٠) .

(١) وقد لخصت محكمة استئناف مصر الأهلية أركان الفضالة وأحكامها فى حكمها الصادر فى ٢٥ نوفبر سنة ١٩٢٦ (المحاماة ٧ رقم ٣٣٩ ص ٤٧٨) .

(٢) [وقد قضت محكمة النقض بأن المشرع اشترط فى المادة ص ٧٠٢ من القانون المدنى وجود وكالة خاصة للمرافعة أمام القضاء ولم يكتف بالوكالة العامة . ومن ثم فلا يكفى القول بقيام فضالة فى التقاضى إذا لم تتوافرهذه الوكالة الخاصة : نقض مدنى فى ١٩ من يونيه سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٨٢٩ رقم ١١٧]

المطلب الأول

قيام الفضولى بشأن عاجل لرب العمل

٨٥٩ — عناصر هذا الركن : أول ركن للفضالة هو أن يقوم الفضولى بشأن عاجل لرب العمل . وهذا الشأن قد يكون تصرفاً قانونياً أو يكون عملا مادياً . وهو فى الحالتين يجب أن يكون عاجلا .

§ ١ — تصرف قانونى أو عمل مادى

١ — التصرف القانونى :

٨٦٠ — كيف يقوم الفضولى بتصرف قانونى : يصح أن يكون الفضولى وكيلا فى الأصل عن رب العمل ، ولكنه يجاوز حدود الوكالة عالماً بذلك أو غير عالم ، فهو فيما جاوز فيه هذه الحدود فضولى[١] . أو يستمر فى العمل باسم الأصيل بعد انتهاء الوكالة ، سواء علم بانتهاء الوكالة أو لم يعلم ، فهو فضولى فيما قام به بعد انتهاء وكالته[٢] .

ولكن قد يعمل الفضولى دون وكالة أصلا . فيقوم بتصرف قانونى باسم رب العمل. مثل ذلك أن يقبل هبة صدرت من الواهب إلى رب العمل ، أو أن يؤجر عيناً شائعة بينه وبين رب العمل[٣] ، أو أن يبيع محصولات زراعية لرب العمل مما يسرع إليه التلف ،

---

(١) وقد قضت محكمة الإسكندرية التجارية الوطنية بأنه إذا باشر الوكيل بالعمولة صفقة ما بشروط أفيد لموكله عادت الفائدة على الموكل . فإن تسلم ثمناً المبيع يزيد على الثمن الحقيقى وحبسه لنفسه اعتبر خائناً للأمانة وحق عليه العقاب (٩ فبراير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٣٤٠ ص ٧٨٧) .

(٢) قارن ما قضت به محكمة النقض من أن الوكيل الذى يظل يتابع عمله بعد موت موكله لصالح الورثة مع علمهم بذلك يكون وكيلا عنهم لا مجرد فضولى (نقض ٢١ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٣ ص ٤٥٨) .

(٣) انظر فى فروض يكون فيها المالك فى الشيوع فضولياً : استئناف وطنى فى ٢ يناير سنة ١٨٩٦ الحقوق ١١ ص ١٤٢ — استئناف مختلط فى ٨ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٩١ — وفى ١٠ مايو =

أو أن يوفى بضريبة واجبة على رب العمل توقياً للحجز الإدارى[1] ، أو أن يقبل اشتراطاً لمصلحة رب العمل حتى يصبح الاشتراط باتاً لا يتحول عنه[2] . ونرى من ذلك ذلك أن التصرفات القانونية التى يقوم بها الفضولى قد تكون من أعمال الإدارة وقد تكون من أعمال التصرف .

٨٦١ — ما يترتب على صدور التصرف القانونى باسم رب العمل : وقد قدمنا أن الفضولى يقوم بالتصرف القانونى باسم رب العمل ، كأنه وكيل عنه دون أن تكون هناك وكالة . ويترتب على ذلك :

(١) إذا توافرت جميع أركان الفضالة الأخرى ، وقع التصرف نافذاً مباشرة فى حق رب العمل كما لو كان الفضولى وكيلا عنه . وسنرى تفصيل ذلك فيما يلى .

(٢) ليس من الضرورى أن يكون الفضولى ذا أهلية كاملة لمباشرة التصرف القانونى الذى تولاه باسم رب العمل ، شأنه فى ذلك شأن الوكيل . ويكفى أن يكون من أهل التمييز .

= سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٤ — وفى ٢٠ يناير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٠١ — محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ جازيت ٤ رقم ١٢٨ ص ٣١٧ .

وفى إحدى القضايا آجر زيد أحد الشركاء فى ملك مشاع قطعة أرض إلى بكر عن نفسه وبالنيابة عن شركائه ، واشترط فى عقد الإجارة دفع الأجرة إليه أو إلى من يحوله بها ، وحول الأجرة إلى عمرو . ومع ذلك دفع بكر إلى خالد أحد الشركاء فى الشيوع جزءاً من الأجرة يعادل نصيبه فى الملك المشاع . فرفع عمرو دعوى على بكر يطالبه بالأجرة ، وكان خالد خصما فيها ، وأقر خالد الإجارة ولم يقر التحويل . فقضت محكمة الاستئناف الوطنية بصحة الدفع الحاصل من بكر إلى خالد (١٤ فبراير سنة ١٩١١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ٦٨/١) .

(١) استئناف مختلط فى ١٥ يناير سنة ١٨٨٠ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٥ ص ٩٩ .

(٢) مثل ذلك أيضاً أن يقبض الفضولى حقاً لرب العمل نيابة عنه . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن التعويض الذى يستحقه المستأجر من الباطن بسبب تعرض السلطة العسكرية له فى انتفاعه بالعين المؤجرة واستيلائها على هذه العين إنما هو دين يترتب فى ذمة السلطة العسكرية لا فى ذمة المالك . ومع ذلك إذا سوت السلطة العسكرية الحساب مع المالك ، ودخل فى هذا الحساب التعويض الواجب للمستأجر من الباطن ، لم يكن لهذا الأخير إلا الرجوع على المالك باعتباره فضولياً ناب عنه فى قبض حقه من السلطة العسكرية (١٢ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٢) . أنظر أيضاً فى هذا المعنى محكمة الإسكندرية الجزئية المختلطة فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ جازيت ١٢ رقم ٨٨ ص ١٥٨ .

(٣) وعلى عكس ما تقدم يجب أن يكون رب العمل أهلا للتصرف القانونى الذى تولاه الفضولى عنه ، لأنه يقع نافذاً مباشرة فى حقه كما قدمنا[١] .

(٤) يخضع ، من ناحية الإثبات ، التصرف القانونى الذى تولاه الفضولى باسم رب العمل للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية . فإذا كان التصرف عقداً ، لم يجز إثباته فيما يجاوز عشرة الجنيهات إلا بالكتابة أو مايقوم مقامها وإلا بالإقرار أو اليمين .

٢ — العمل المادى :

٨٦٢ — *جواز أن يكون عمل الفضولى عملا ماديا* : هناك من يرى أن العمل الذى يقوم به الفضولى يجب أن يكون دائماً تصرفاً قانونياً قياساً على الوكالة[٢] . ولكن هذا الرأى مرجوح ، ويصح أن يقوم الفضولى بعمل مادى كما يقوم بتصرف قانونى ، وفى هذا تختلف الفضالة عن الوكالة[٣] .

والعمل المادى الذى يقوم به الفضولى قد يكون عملا مادياً بالنسبة إلى رب العمل ، وقد يكون عملا مادياً فى ذاته .

٨٦٣ — *العمل المادى بالنسبة إلى رب العمل* : فالفضولى عندما يتعاقد باسمه الشخصى ، أو باسم رب العمل ، بشأن عاجل من شؤون رب العمل ، يكون قد قام بتصرف قانونى فيما بينه وبين الغير الذى تعاقد معه . ولكن هذا التصرف القانونى

---

(١) انظر مع ذلك بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٢٣ ، وحكم محكمة النقض الفرنسية المشار إليه فى هذا المرجع (٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١٢ — ١ — ٣٣٧) .

[وقارن أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٣٠ ص ٥٧١ — وأنور سلطان فقرة ٦٤٦ ص ٥٨٥ — وعبد المنعم فرج الصدة فقرة ٦٠١ ص٦٤٢ حيث يرون أنه لايشترط فى رب العمل الأهلية اللازمة للتصرف المعقود لأن مصدر التزام رب العمل ليس إرادته بل القانون — وانظر فى هذا المعنى: مارتى ورينو ج٢ بند ٣٤٢ ص ٣٠٥ — بيدان ج ٩ مكرر بند ١٧١١ ص ٣٣٠ — دى باج ج ٢ بند ١٠٧٧ ص ١٠٥٤] .

(٢) انظر فى بحث هذا الرأى ونقده والتون ٢ ص ١٥١ — ص ١٥٢ .

(٣) [أنظر بيدان ج ٩ مكرر بند ١٧٠٣ — دى باج ج ٢ بيدان ١٠٧٦ — مارتى ورينو ج ٢ بند ٣٣٩] .

يعتبر عملا مادياً بالنسبة إلى رب العمل . مثل ذلك أن يتعاقد الفضولى مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل من خلل يتهدده بالسقوط ، أو أن يتعاقد مع طبيب لعلاج رب العمل من مرض دهمه واقتضاه إسعافاً سريعاً ، أو أن يتعاقد مع معلم يعطى دروساً خاصة لرب العمل ، أو أن يقوم بدفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته ، أو أن يفى بدين على رب العمل ليجنبه الحجز على ماله (١) .

ولما كان هذا التصرف القانونى الذى قام به الفضولى يعتبر عملا مادياً بالنسبة إلى رب العمل ، فإنه يجوز لرب العمل فى رجوعه على الفضولى أن يثبت هذا التصرف بالبينة وبالقرائن ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات (٢) . كذلك يجب أن يكون الفضولى ذا أهلية كاملة للتصرف الذى تولاه ولا يكفى فيه أن يكون من أهل التمييز ، وهذا إذا لم يتعاقد نائباً عن رب العمل ، بل تعاقد باسمه الشخصى ، فانصرف أثر العقد إليه ، وسنرى فيما يلى تفصيل ذلك .

٨٦٤ — العمل المادى فى ذاته : وقد يقوم الفضولى بعمل مادى فى ذاته ، كأن يقطع التقادم فى حق مهدد بالسقوط لرب العمل ، أو أن يقيد رهناً لمصلحة رب العمل ، أو أن يجدد قيد الرهن ، أو أن يطفىء حريقاً اشتعلت فى منزل لرب العمل ، أو أن يجنى محصولا لرب العمل يخشى عليه من التلف إذا لم يجن ، أو أن ينقى زراعة رب العمل من دودة القطن ، أو أن يكبح جماح حصان أوشك أن يلقى براكبه إلى الأرض ، وما إلى ذلك

---

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا باع شريك فى الشيوع باسمه الخاص ، وعلى مرأى ومسمع من شريكه الآخر ، محصول القطن الناتج من الأرض المملوكة فى الشيوع ، كان فى تصرفه بالنسبة إلى شريكه فضولياً ينوب عنه فى البيع وفى قبض الثمن (١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩١) .

(٢) [انظر أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦١١ ص ٥٥٩ وأنور سلطان فقرة ٦٢٥ ص ٥٧٥ وعبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٨١ ص ٦٢٦ وصلاح الدين الناهى ص ٢١١ ، وقارن سليمان مرقس هامش ٢ ص ٨٠٠ حيث يرى أن العقد الذى يبرمه الفضولى باسم رب العمل يعتبر عملا قانونياً بالنسبة لرب العمل لأنه يحدث آثاره فى ذمته مباشرة ومن ثم إذا أراد المتعاقد مع الفضولى أن يتمسك به على رب العمل وجب عليه إثباته بالكتابة وكذلك إذا أراد رب العمل أن يتمسك بهذا العقد كان الأصل أنه يجب عليه أن يثبته بالكتابة كما هو شأن الموكل فيما يتعلق بالعقود التى يبرمها وكيله ، وإنما يجوز الإثبات بالبينة لوجود مانع منعه من الحصول على دليل كتابى لكون نائبه قد فرض عليه فرضاً] .

من الأعمال المادية التي تكون من الشؤون العاجلة لرب العمل[1] .

وغنى عن البيان أن هذه الأعمال المادية تثبت بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك البينة والقرائن[2] .

§ ٢ — شأن عاجل لرب العمل

٨٦٥ — *مجرد النفع لا يكفى* : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وهى تذكر أركان الفضالة إن من بين هذه الأركان « أن يكون ما يتصدى له الفضولى (شأناً عاجلا) ، فليس يكفى لتبرير الفضولى أن يكون التصدى نافعاً أو مفيداً ، بل لا بد أن يكون ضرورياً »[3] .

---

(١) وقد اعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة قيام مجلس الصحة البحرية والكورنتينات بترحيل فريق من الحجاج جنحت بهم سفينتهم فأنزلتهم فى الحجر عملا من أعمال الفضالة قام به المجلس لمصلحة أصحاب السفينة الجانحة (٢٥ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٧) . وكذلك اعتبرت عملا من أعمال الفضالة إدارة الشؤون المتعلقة بدير سيناء ، وهى شؤون كان الأرشيموندريت يتولاها فى مدينة كييف بمقتضى توكيل عام ، ثم اعتزل الوكالة ، ولكنه بقى بعد ذلك يدير هذه الشؤون دون وكالة إلى أن احتلت الجنود السوفييتية مدينة كييف (٢٣ يونية سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧٤) واعتبرت أيضاً عملا من أعمال الفضالة انحراف سفينة عن طريقها العادى لمعاونة سفينة أخرى والسير بها إلى الميناء التى تقصدها (١٨ أبريل سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ١٨٤) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية « أن عمل شخص لمصلحة شخص آخر بقصد جلب المنفعة إليه يعد شبه عقد يترتب عليه التزام من عادت عليه المنفعة ولو كان عديم الأهلية بدفع مقابل لذلك الشخص الذى ترتب على فعله جلب المنفعة ، ويجوز إثبات شبه العقد هذا بجميع طرق الإثبات ، بما فيها البينة وقرائن الأحوال ، فتحنيط الموتى لما فيه من حفظ الجثة من التلف العاجل ولما فيه من تسهيل نقلها من ديار الغربة إلى الوطن حيث تقيم العائلة ، فيه ولا شك منفعة للعائلة التى ترغب بمقتضى العوائد أو العقائد أن تكون الجثة مدفونة فى ضريحها الخاص حيث تسهل زيارتها . وهذه المنفعة تولد شبه عقد يستحق مقابلا . والتحنيط عمل مستقل من أعمال الطبيب لا يدخل فيما هو مسئول عنه للمتوفى من المعالجة أثناء حياته ، ولذلك فهو يستحق عليه أجراً مستقلا ، وللمحاكم أن تقدر قيمته فى حالة عدم الاتفاق عليه من قبل » (٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ الحقوق ١٨ ص ١٠٩) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ .

[على أن الفقه الغربى يرى أنه يكفى أن يكون عمل الفضولى نافعاً وقد استقر القضاء الفرنسى على =

وإذن لا يكفى مجرد النفع أو الفائدة يجلبه الفضولى لرب العمل . فلا يجوز مثلا أن يتقدم الفضولى لشراء صفقة من أرض أو بناء لحساب رب العمل لمجرد أنها صفقة رابحة ، أو أن يطلب الأخذ بالشفعة لحساب رب العمل لمجرد أن الأخذ بالشفعة يعود عليه بالنفع ، أو أن يقيم بناء على أرض فضاء مملوكة لرب العمل لمجرد أن إقامة البناء تمكنه من استغلال الأرض استغلالا مفيداً ، أو أن يقسم مالا شائعاً لرب العمل لمجرد أن يجنبه مضار الشيوع[1] . فى كل هذه الفروض نرى أن عمل الفضولى عمل نافع ، بل قد يكون محقق الفائدة ، ولكنه ليس من الشؤون العاجلة لرب العمل . فلا يجوز للفضولى أن يتدخل فيها . وإذا تدخل فلا يكون فضولياً ، ولا يلزم رب العمل فى شىء ، بل قد يكون تدخله خطأ يستوجب مسئوليته التقصيرية . ولكن إذا رأى رب العمل أن يجيز تدخل الفضولى ، فإن الإجازة تجعل العمل ينفذ فى حق المجيز وفقاً للقواعد العامة .

٨٦٦ — *بل يجب أن يكون العمل « ضرورياً »* : وإنما يتعين أن يكون العمل الذى يقوم به الفضولى هو من « الشؤون العاجلة » لرب العمل . فلا يكفى أن يكون نافعاً فحسب ، بل يجب أن يكون ضرورياً . ومعنى « الضرورى » هنا أن يكون العمل الذى قام به الفضولى من الشؤون التى ما كان رب العمل ليتوانى فى القيام بها . فقام به الفضولى ناظراً إلى مصلحة رب العمل . نرى ذلك متحققاً فيما قدمناه من الفروض : قبول الهبة عن رب العمل ، إيجار عين شائعة لرب العمل ما كانت تستغل بغير هذا الإيجار ، بيع محصولات يسرع إليها التلف ، دفع ضريبة توقياً لحجز إدارى ، قبول اشتراط لمصلحة

= هذا الرأى : بيدان ج ٩ مكرر بند ١٧٠١ ص ٣٢٠ — دى باج ج ٢ ص ١٠٤٩ بند ٢٠٧٤ — مارتى ورينو ج ٢ بند ٣٤٠ ص ٣٠٣] .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الفضولى لا يجوز له أن ينزل عن حق لرب العمل ، وبخاصة إذا كان هذا قد عاد من غيبته (٢٩ نوفبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧) — وقضت محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة بأنه لا يدخل فى أعمال الفضالة عقود الغرر ولا عمليات البورصة (١٧ مايو سنة ١٩١٥ جازيت ٥ رقم ١٤٠ ص ٣٥٥) — انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٣ .

رب العمل ، التعاقد مع مقاول لإصلاح منزل مهدد بالسقوط ، التعاقد مع طبيب لإسعاف رب العمل من مرض دهمه ، التعاقد مع معلم لإعطاء درس ضرورى لرب العمل ، دفع المصروفات المدرسية عن رب العمل حتى لا يفصل من مدرسته ، الوفاء بدين على رب العمل منعاً للحجز على ماله ، قطع التقادم فى حق مهدد بالسقوط ، قيد رهن أو تجديد القيد ، إطفاء حريق ، جنى محصول يخشى عليه من التلف ، تنقية الزراعة من دودة القطن ، الإمساك بزمام حصان جامح . كل هذه أعمال — قانونية أو مادية — هى من الشؤون العاجلة لرب العمل ، وما كان هو ليتوانى فى القيام بها[١] .

ويفهم مما قدمناه فى تحديد معنى « الشأن العاجل » أن قيام الفضولى بهذا الشأن ، إذا هو بذل فيه العناية الواجبة ، يؤدى إلى نفع محقق لرب العمل . ومن هنا اشترط بعض الفقهاء فى الفضالة أن يتم عمل الفضولى بنجاح[٢] .

ومتى قام الفضولى بالعمل الذى تولاه ، وعاد ذلك بالنفع على رب العمل ، فإنه يستوى بعد هذا أن يبقى هذا النفع أو يزول . فلو أن الفضولى أصلح منزلا لرب العمل ، ثم احترق هذا المنزل ، لبقى للفضولى حق الرجوع على رب العمل بما أنفقه من المصروفات . وهذا هو عين المبدأ الذى قررناه فى قاعدة الإثراء بلا سبب . وسنعود إلى تفصيل ذلك فيما يلى .

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخالص من الغير عملا من أعمال الفضولى ، إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره فى عمل الفضولى الذى يلزم به رب العمل وهو أن يكون هذا العمل ضرورياً بالنسبة لرب العمل : نقض مدنى فى ٥ من إبريل سنة ١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٤١٤ رقم ٦١] .

(٢) انظر فى هذه المسألة محكمة الاستئناف المختلطة فى ٥ يونيه سنة ١٨٧٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ٣ ص ٢٧٩ — وفى ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٨ — وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ . وانظر بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٦ .

ولكن ليس من الضرورى أن يصل نجاح الفضولى إلى حد تحقيق النتيجة المرجوة من تدخله ، فقد نصت المادة ١٩٥ على أنه « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة » .

المطلب الثانى

نية الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل[1]

٨٦٧ — هذا هو الركن المعنوى فى الفضالة كما قدمنا . ونقف هنا عند النية والقصد . فلا تقوم الفضالة إلا إذا انصرفت نية الفضولى ، وهو يتولى شأناً لغيره ، إلى أن يتولى هذا الشأن لمصلحة رب العمل .

والفضولى فى هـذه النية إما أن يكون على بينة من أمره ، وإما أن يكون على غير بينة .

§ ١ — الفضولى على بينة من أمره

٨٦٨ — *القصد عند الفضولى هو الذى يميز الفضالة عن الإثراء بلا سبب :* يغلب أن يكون الفضولى على بينة من أمره ، وتنصرف نيته إلى أن يعمل لمصلحة رب العمل . وهذه النية هى التى تميز ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب[2] . والفضولى إنما يعرف بهذه النية ، فهو متفضل لأنه لا يعمل لمصلحة نفسه بل يعمل لمصلحة غيره . وقد رأينا ذلك محققاً فى أعمال الفضالة التى استعرضناها فيما تقدم . والفضالة من التفضل لا من التطفل .

أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة نفسه ، فإنه لا يكون فضولياً حتى لو عاد تدخله على الغير بنفع . ولا يرجع فى هذه الحالة بدعوى الفضالة ، وإنما يرجع بدعوى

---

(١) [انظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٤١ ص ٣٠٤ — بيدان جـ ٩ مكرر بنـد ١٧١٤ ص ٣٣٣ وبند ١٦٩٧ ص ٣١٨ — دى باج جـ ٢ ص ١٠٤٩ بند ١٠٧٤ — ديموج جـ ٣ ص ١٠] .

(٢) وتميز أيضاً ما بين الفضالة والاشتراط لمصلحة الغير . فقـد رأينا فى الاشتراط لمصلحة الغير أن المشترط له مصلحة شخصية فى الاشتراط ، أما الفضولى فليست له مصلحة شخصية فى الفضالة ولا يقصد إلا مصلحة رب العمل .

الإثراء إذا توافرت شروطها . مثل ذلك أن يقوم المستأجر بإصلاحات ضرورية فى العين المؤجرة حتى يستوفى منفعة العين لنفسه ، فهو بالنسبة إلى المالك لا يعتبر فضولياً لأنه يعمل لمصلحة نفسه ، ويرجع على المالك بدعوى الإثراء كما قدمنا[1] .

٨٦٩ — جواز أن يعمل الفضولى لمصلحة نفسه ولمصلحة رب العمل فى وقت معاً :

وليس من الضرورى أن تتمحض نية الفضولى فى أن يعمل لمصلحة رب العمل وحده ، بل يجوز ، كما تقول المادة ١٨٩ « أن تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى ، فى أثناء توليه

---

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن « محل تطبيق نظرية الإثراء بغير سبب على حساب الغير ودعوى الفضولى هو أن يكون الإثراء بغير سبب من الأسباب القانونية وأن يكون عمل الفضولى لحساب المالك لا لحسابه الخاص لغرض الوصول إلى الانتفاع بالعين شخصياً . فمستأجر الأرض الذى يجرى تحسينات بها ويقيم مبانى ويغرس أشجاراً بقصد تسهيل وسائل الاستغلال والاستعمال الشخصى ، رغم الحظر الصريح عليه فى عقد الإيجار بعدم إجراء شيء من ذلك إلا بأمر المالك ، يكون ملزماً بإزالة ما أحدثه بدون أن يكون له حق الرجوع على المالك بما أوجده من التحسينات فى العين المؤجرة » (٢٧ أبريل سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٨ ص ١٧٥ — المحاماة ١٨ رقم ٧٢ ص ١٥٠) . وقضت محكمة المنشية بأن « أعمال الفضولى ... شروطها أن يكون الفضولى قد انصرف جهده واتجه غرضه فى عمله إلى منفعة رب المال ، وأن يكون قد عاد على هذا الأخير فائدة مباشرة لم تكن وليدة المصادفة ، فلا يجوز لمن قام بعمل لفائدة نفسه أن يرجع على غيره لمجرد أنه استفاد من عمله بالتبعية » (٢٣ يناير سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٦ رقم ٢٣٣ ص ٥٣٥). وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حامل السند الذى يقاضي الشركة عن سنده لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى سائر حاملى السندات (٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٣٢٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه إذا قدم الشريك حصته فى الشركة عقاراً مثقلا بحكر فإنه لا يكون ملزماً بشراء الحكر ولا برد الثمن الذى رأت الشركة أن تشترى به الحكر ، وكل ما تملكه الشركة قبله هو أن ترجع عليه بدعوى الإثراء لما أفاده من تخليص العقار من حق الحكر (٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٥) ، ولم تعتبر المحكمة الشركة فضولياً لأنها عملت لمصلحة نفسها لا لمصلحة الشريك — انظر أيضاً محكمة الاستئناف المختلطة فى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١١٣ ، ومحكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة فى ٦ يناير ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥ . وانظر فى القضاء الفرنسى محكمة النقض الفرنسية فى ٢٥ يونية سنة ١٩١٩ داللوز ١٩٢٣ — ١ — ٢٢٣ — سيريه ١٩٢١ — ١ — ١٢ (وهو منشور فى « الأحكام الرئيسية للقضاء المدنى » لكابيتان باريس سنة ١٩٥٠ — ٤٢٧ — ص ٤٢٩ — وقد أشار لحكم آخر من محكمة النقض الفرنسية فى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣١ داللوز الأسبوعى ١٩٣٢ ص ٩٨ — وأشار إلى : كولان وكابيتان ٢ فقرة ١٣٧٥ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٣ — بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٢٧ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٩٢ — أوبرى ورو ٦ فقرة ٤٤١ ص ٢٩٥ — ص ٢٩٦) .

شأناً لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر » . فالشريك المشتاع يؤجر العين الشائعة ، فيستغلها لمصلحة نفسه ولمصلحة شريكه فى الشيوع ، فهو فضولى بالنسبة إلى شريكه لأنه عمل لمصلحة هذا الشريك ، ولا يمنع من ذلك أنه عمل فى الوقت ذاته لمصلحة نفسه ، بل لا يمنع من ذلك أنه عمل لمصلحة نفسه أولا ، وأنه ما كان يعمل لمصلحة شريكه لولا مصلحته هو . فالمهم أن يكون قد عمل لمصلحة شريكه على وعى منه ، حتى لو كان مضطراً إلى ذلك لما بين مصلحته ومصلحة شريكه من ارتباط لا يمكن معه القيام بمصلحة نفسه دون القيام بمصلحة شريكه[1] . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « بيد أن الأمر يظل محصوراً فى نطاق الفضالة ما بقيت النية المذكورة قائمة ، ولو تولى الفضولى شأن الغير وشأن نفسه فى وقت واحد بسبب ارتباط هذين الشأنين على نحو لا يتيح له القيام على أحدهما استقلالا عن الآخر ، كما هو شأن الشريك المشتاع عن إدارة المال المشاع »[2] .

§ ٢ — الفضولى على غير بينة من أمره

٨٧٠ — لا يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره : وقد لا يكون المتدخل فى شؤون الغير على بينة من أمره ، فتنصرف نيته إلى العمل لمصلحة نفسه فإذا به يعمل لمصلحة غيره . فلا يكون فضولياً فى هذه الحالة لأن العبرة بالنية . فمتى انصرفت نيته إلى العمل لمصلحته الشخصية ارتفعت عنه صفة الفضولى ، حتى لو كشف

---

(١) ولكن إذا عمل سمسار لمصلحة أحد المتبايعين حتى تمت الصفقة فإنه لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى المتبايع الآخر (استئناف مختلط فى ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ٥٩) . وكذلك إذا عمل محام لمصلحة موكله حتى كسب القضية فإنه لا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى المتقاضين الآخرين الذين لم يوكلوه وكانت لهم مصلحة مشتركة مع موكله (استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ .

بعد ذلك أنه كان يعمل لمصلحة غيره أو لمصلحة نفسه ومصلحة غيره فى وقت واحد . فلو أن منزلا كان فى حيازة شخص واعتقد الحائز أنه يملك المنزل ، فأجرى فيه إصلاحات ضرورية لمصلحته هو ، ثم تبين بعد ذلك أن المنزل ملك لغيره أو أنه شائع بينه وبين غيره ، فلا يعتبر فضولياً بالنسبة إلى هذا الغير ، ولا يرجع عليه بدعوى الفضالة بل بدعوى الإثراء إذا توافرت شروطها . وفى هذا تقول الفقرة الأولى من المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدى[١] : « تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عند ما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه » . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ، وهى تستعرض ركناً من أركان الفضالة ، ما يأتى : « ثالثاً — أن يتصدى الفضولى لشأن الغير عن بينة أو عن قصد ، ومؤدى هذا أن تنصرف نية الفضولى إلى القيام بما تصدى له لحساب رب العمل ، فإذا لم تتوافر هذه النية بأن اعتقد الفضولى وهو يتولى شأن الغير أنه يقوم بشؤون نفسه خرج الأمر عن نطاق الفضالة وطبقت قواعد الإثراء »[٢] .

٨٧١ — ولكن يكون فضولياً من ظن أنه يعمل لمصلحة شخص فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر : أما إذا انصرفت نية المتدخل إلى العمل لمصلحة غيره فإنه يكون فضولياً كما قدمنا ، حتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة هذا الغير كوكيل عنه وهو ليس بوكيل ، وحتى لو ظن أنه يعمل لمصلحة شخص معين فإذا به يعمل لمصلحة شخص آخر[٣] . فالمهم هو أن

---

(١) وقد حذفت هذه المادة بفقرتيها فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ « لأنها تتصدى لجزئيات يدخل بعضها فى نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة فى مواد الإثراء بلا سبب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٨) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ . وانظر فى هذه المسألة استئناف مختلط فى ٢٢ مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٨٩١ — وفى ٢ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٧ .

(٣) محكمة الإسكندرية التجارية المختلطة فى ٣ أبريل سنة ١٩١٦ جازيت ٦ رقم ١٢١ ص ٣٧٥ .

[ويفرق البعض بين ما إذا كان لشخصية المتفضل عليه اعتبار خاص لدى المتفضل أم لا ، ففى الحالة الأخيرة يكون العمل فضالة قطعاً ، أما فى الأولى فإن الاعتبار الشخصى إذا كان هو الدافع إلى قصد التفضل ، =

تنصرف نية الفضولى إلى العمل لمصلحة الغير ، لا لمصلحة شخص معين بالذات . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وإذا كانت تلك النية (نية العمل لمصلحة الغير) ضرورية من هذا الوجه ، فهى بمجردها كافية دون حاجة إلى اشتراط انصرافها إلى العمل لحساب شخص معين بذاته . فمتى قصد الفضولى إلى التصدى لشأن الغير ، بقى قائماً بعمله ، ولو أخطأ فى شخص رب العمل . وفى هذه الحالة يكسب رب العمل الحقيقى ما يترتب على الفضالة من حقوق ، ويتحمل ما ينشأ عنها من التزامات (انظر المادة ٦٨٦ من التقنين الألمانى والمادة ١١٩١/٩٥٥ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ١٥٣ من التقنين اللبنانى) »[1] .

المطلب الثالث

الفضولى يقوم بعمل هو غير ملتزم به ولا موكل فيه ولا منهى عنه

٨٧٢ — هذا هو الركن الثالث للفضالة ، وهو الركن الذى يحدد الموقف القانونى لكل من الفضولى ورب العمل من الشأن العاجل الذى قام به الفضولى .

أما موقف الفضولى من هذا الشأن العاجل فيتلخص فى أنه لم يكن ملتزماً به قبل أن يتولاه . وأما موقف رب العمل فيتلخص فى أنه لم يأمر الفضولى أن يقوم به ولم ينهه عن ذلك .

= ترتب على الغلط فى الشخص الذى تعود عليه منفعة العمل إفساد الفضالة ولا يكون المتفضل رجوع إلا وفقاً لقواعد الإثراء على حساب الغير : (صلاح الدين الناهى ص ٢١٤)] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ — ٤٧٢ .

§ ١ — موقف الفضولى من الشأن العاجل

٨٧٣ — لا يعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولى شأن الغير : جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى معرض ذكر أركان الفضالة ، ما يأتى : « رابعاً — أن يتولى الفضولى شأن الغير دون أن يكون ملتزماً بذلك . وقد فصل التقنين اللبنانى هذا الشرط فنص فى المادة ٦٧٧ على إثبات صفة الفضولى لمن يتولى شأناً لحساب الغير دون أن يوكله هذا أو دون أن يكون ملزماً قانوناً بذلك . وتبسط التقنين النمساوى فى هذا الشأن فنص فى المادة ١٠٣٥ على إلحاق صفة الفضولى بمن يقوم بشأن للغير (غير مأذون بمقتضى اتفاق صريح أو ضمنى أو أمر من محكمة أو نص فى القانون) . وعلى هذا الأساس لا يعتبر فضولياً من يكون ملزماً بتولى شأن الغير بمقتضى عقد كالوكيل أو بمقتضى أمر من المحكمة كالحارس أو بمقتضى نص فى القانون كالوصى »[1] .

ويتبين من ذلك أن من يتولى الشأن العاجل لرب العمل يجب ، حتى يكون فضولياً ، ألا يكون ملتزماً من قبل أن يقوم بهذا الشأن ، لأنه إذا كان ملتزماً به فهو ليس بفضولى يتبرع بالعمل لمصلحة الغير ، بل هو مدين يقوم بالتزامه نحو الدائن .

ويترتب على ذلك أن المقاول إذا تعاقد مع رب العمل على أن يقيم له بناء فى أرضه ،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٧٢ . ويلاحظ أن التزام الوكيل بالعقد ، على ما جاء فى المذكرة الإيضاحية ، هو التزام يجوز للوكيل الرجوع فيه لأن الوكالة عقد غير لازم . وتؤثر أن يكون استبعاد الوكيل عن نطاق الفضالة آتياً من طريق أنه مأمور من رب العمل لا من طريق أنه ملتزم بمقتضى العقد ، كما سنرى .

هذا والكفيل إذا تطوع لكفالة المدين ، دون أمر منه أو نهى ، كان فضولياً ، والعمل الذى قام به لمصلحة المدين هو التزامه نحو الدائن بوفاء الدين إذا لم يف المدين به . وللكفيل فى هذه الحالة ، إذا هو دفع الدين ، أن يرجع على المدين بدعوى الفضالة . أما إذا كان الكفيل مأموراً من المدين بالكفالة ، فكفل الدين ثم دفعه للدائن ، كان له أن يرجع على المدين بدعوى الوكالة ، ولا يكون فضولياً فى هذه الحالة . وكذلك لا يكون فضولياً إذا نهاه المدين عن الكفالة ، ولكنه كفل المدين بالرغم من هذا النهى ودفعه للدائن ، ويرجع فى هذه الحالة على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب .

فإن المقاول لا يعتبر فضولياً ، لأنه ملتزم بإقامة البناء بمقتضى عقد المقاولة . كذلك الحارس القضائى وهو يدير العين المتنازع عليهــا لا يعتبر فضولياً لأنه ملتزم بإدارة العين بمقتضى أمر القاضى . والمتبوع إذا دفع تعويضاً عن الضرر الذى أحدثه تابعه لا يعتبر فضولياً لأنه مسئول بحكم القانون عن هذا الخطأ .

§ ٢ — موقف رب العمل من الشأن العاجل

٨٧٤ — *رب العمل لا يعلم بالفضالة* : قلنا إن موقف رب العمل من الفضولى فى هذا الشأن العاجل هو موقف من لم يأمره بتولى العمل ولم ينهه عنه .

وفى الـكثرة الغالبة من الأحوال يكون رب العمل غير عالم بأن الفضولى قد تولى شأناً عاجلا من شؤونه ، لأنه يكون بعيداً عن هــذا الشأن فلا يتمكن من أن يتولاه بنفسه ، فيتولاه الفضولى عنه . وهذه هى الحالة الغالبة فى الفضالة. وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والغالب أن يجهل رب العمل تصدى الفضولى للقيـام بهذا العمل »[(١)] .

٨٧٥ — *رب العمل يعلم بالفضالة* : ولـكن قد يقع أن رب العمل يكون عالماً بأن الغير يتولى شأناً من شـؤونه العاجلة . فإذا كان هو الذى دعاه إلى ذلك كان الغـير وكيلا لا فضولياً[(٢)] . وكالوكالة السابقة الإجازة اللاحقة ، فيجوز أن رب العمل لا يدعو الفضولى إلى تولى شؤونه ، ولـكنه يجيز عمله بعد ذلك ، فيصبح الفضولى بهذه الإجازة وكيلا . وفى هذا تقول المادة ١٩٠ التى سبق أن ذكرها : « تسرى قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولى »[(٣)] . وتصبح الفضالة وكالة منذ بدء الفضالة ، إذ أن الإجازة لها

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ .

(٢) استئناف مختلط فى ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٣٧ . ويشترط حتى يكون الغير وكيلا أن يكون العمل الذى يتولاه هو تصرف قانونى .

(٣) [وقد قضت محكمة النقض بان الإقرار بعقــد الفضالة يرتب عليه جميع آثار الوكالة على ما تقضى بذلك المادة ١٩٠ من القانون المدنى الجديد التى قننت ما استقر عليه الفقه والقضاء فى عهد القــانون المدنى الملغى : نقض مدنى فى ٢٨ من فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٨ ص ١٧٦ رقم ٢٢] .

أثر رجعى[1] . ويستثنى الغير من ذلك ، فلا يكون للاجازة أثر رجعى بالنسبة إلى الغير إلا من وقت صدورها . ويصح أن تصدر الإجازة من رب العمل سواء كان المتدخل فى شؤونه فضولياً استوفى شروط الفضالة ، أو كان لم يستوف شروط الفضالة بأن كان يعمل لمصلحة نفسه مثلا ، ففى الحالتين تجعل الإجازة المتدخل وكيلا إذا كان العمل الذى قام به تصرفاً قانونياً[2] . هذا ما تقوله المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن :

« فإذا أجاز رب العمل الفضالة صراحة أو ضمناً سرت قواعد الوكالة على ما يترتب بينه وبين الفضولى من حقوق والتزامات من بدء الفضالة . ولا يكون للاجازة أثر بالنسبة للغير إلا من وقت صدورها (انظر المادة ١١٩٤/٩٥٨ من التقنينين التونسى والمراكشى والمادة ١٥٤ من التقنين اللبنانى) ، ويكون من أثر هذه الإجازة سريان أحكام الوكالة ، ولو كان الفضولى قد قام بالعمل وهو يعتقد أنه يتولى شأن نفسه (المادة ٦٥ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٢٠ من التقنين البولونى) . ويراعى فى الحالة الأخيرة أن الوضع الذى تطبق بشأنه أحكام الوكالة ليس صورة من صور الفضالة ، ولكنه صورة من صور الإثراء بلا سبب »[3] .

---

(١) ويجوز مع ذلك ألا يكون رب العمل أهلا للتصرف الذى قام به الفضولى وقت قيام هذا به ، ما دام يصبح كامل الأهلية وقت الإجازة ، فإن القاصر يستطيع عند بلوغ سن الرشد إجازة التصرفات التى صدرت وهو قاصر (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٢٤ ص ٤٢٢) .

(٢) وللاجازة فائدة عملية تظهر فيما إذا كان هناك شك فى أن تدخل الغير قد استوفى شروط الفضالة فإجازة رب العمل لتدخل الغير تقطع كل شك وتجعل التصرف المجاز سارياً فى حق المجيز (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢٢٤ ص ٤٢١) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧١ . ويلاحظ أن الفضالة لا تنقلب وكالة فى جميع الصور المتقدمة إلا إذا كان العمل الذى يتولاه الفضولى هو تصرف قانونى .

[انظر أنور سلطان فقرة ٦٢١ ص ٥٧٣ وسليمان مرقس فقرة ٥٩٥ ص ٨١٥ وعبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٨٤ ص ٦٣٠ وقارن أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦١٤ ص ٥٦٣ وصلاح الدين الناهى ص ٢١٦ حيث يرى أن مجال تطبيق المادة ١٩٠ من التقنين المدنى قاصر على حالة الفضالة الناقصة غير المستوفية لشرائطها ، أما الفضالة الكاملة المستكملة بشرائطها فإنها تنطوى بحكم القانون على نيابة ومن ثم لا يحتاج التصرف القانونى الذى عقده الفضولى باسم رب العمل لينفذ فى حقه إلى إقرار من جانبه ، والأولى أن يوصف مثل هذا الإقرار بأنه تصديق (approbation)] .

أما إذا كان رب العمل لم يدع الغير إلى تولى العمل الذى قام به ، بل على العكس من ذلك نهاه عن التدخل فى شؤونه ، فلا يكون الغير فضولياً[١] ، ويجب عليه الامتناع عن التدخل ، وإلا ارتكب خطأ قد يستوجب مسئوليته التقصيرية إذا عاد تدخله بالضرر على رب العمل . وإذا عاد بالمنفعة ، فإنه لا يرجع بدعوى الفضالة ، بل بدعوى الإثراء بلا سبب . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يقضى بهذه الأحكام ، هو الفقرة الثانية من المادة ٢٦٣ ، وقد حذفت اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، وكانت تجرى بما يأتى : « وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة[٢] » .

---

(١) استئناف مختلط فى ٢٣ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٣٣ — وفى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٩٢ — وفى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٦ ص ٢٤٣ — وفى ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٦٩ .

(٢) وقد سبق أن أشرنا إلى أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص هو المادة ٢٦٣ من هذا المشروع . وقد جرى هذا النص على الوجه الآتى : « ١ — تطبق قواعد الإثراء بلا سبب عندما يقوم شخص بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه . ٢ — وكذلك تطبق قواعد الإثراء بلا سبب إذا تدخل شخص فى شأن لغيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفروضة . ومع ذلك تطبق قواعد الفضالة ، ولا يعتد بهذه الإرادة المخالفة ، إذا كان من تدخل فى شؤون غيره قد أراد بهذا التدخل أن يسد حاجة ملحة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بأدائه مصلحة عامة ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت » . وقد أدخلت لجنة المراجعة تعديلات لفظية على هذا النص ووافق عليه مجلس النواب تحت رقم ١٩٥ . ولما عرض النص على لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، رأت اللجنة حذفه لأنه يتصدى لجزئيات يدخل بعضها فى نطاق تطبيق القواعد العامة ويسهل استنتاج البعض الآخر من الأحكام المبينة فى مواد الإثراء بلا سبب . ووافق مجلس الشيوخ على الحذف .

ولاشك فى أن تطبيق القواعد العامة تتسع لاستنباط الأحكام الرئيسية التى اشتمل عليها النص . فالشخص الذى يقوم بشأن لغيره معتقداً أنه يقوم بشأن لنفسه لا يكون فضولياً ، بل يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب . كذلك يرجع بدعوى الإثراء بلا سبب من تدخل فى شؤون غيره مخالفاً فى ذلك إرادة هذا الغير حتى لو كانت هذه الإرادة مفروضة . ولكن النص استثنى من القاعدة الثانية حالة ما إذا كان التدخل قد اقتضته حاجة ملحة هى وجود التزام قانونى فى ذمة رب العمل تقتضى بأدائه المصلحة العامة ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت ، فإذا تدخل شخص وأدى عن صاحب العمل التزامه بالنفقة نحو من تجب عليه نفقته ، أو قام بتجهيز ميت يلتزم رب العمل شرعاً بتجهيزه ، فإن هذا الشخص يعتبر فضولياً فى هذه الحالة حتى لو نهاه رب العمل عن التدخل وعن أداء هذا الالتزام القانونى . وعلة هذا الحكم مفهومة ؛ فإن الفضولى إنما يقوم عن رب =

بقى الفرض الثالث ، وهو أن يكون رب العمل لم يدع الغير إلى التدخل فى شؤونه ولم يمنعه من ذلك . فإذا وقف رب العمل من المتدخل هذا الموقف السلبى ، لا يأمره بالتدخل ولا ينهاه عنه ، كان هذا هو مجال الفضالة ، واعتبر المتدخل فضولياً . وفى هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « فإذا علم (رب العمل) بذلك ولم يفصح عن موقفه من طريق المعارضة أو الإقرار ، بقيت لقواعد الفضالة ولايتها ، ووجب تطبيقها »[1] .

ومن ثم نرى أن الفضالة لا تقوم إلا فى فرضين من الفروض المتقدمة : (١) إذا كان رب العمل لا يعلم بتدخل الفضولى (٢) أو كان يعلم بهذا التدخل ولكنه يقف منه موقفاً سلبياً ، لا يأمر به ولا ينهى عنه .

= العمل بالتزام قانونى تقضى المصلحة العامة بأدائه . فلا يعتد فى هذه الحالة بنهى رب العمل للفضولى عن أداء هذا الالتزام . ولكن أيكفى أن تكون علة الاستثناء مفهومة ؟ وأليس من الواجب ، إذا أريد الاستثناء من قاعدة عامة ، أن ينص على هذا الاستثناء ؟

(انظر فى المسألة مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٦٧ هامش رقم ١ و ص ٤٧٠ — ص ٤٧١).

[وقارن أحمد حشمت أبوستيت فقرة ٦١٣ ص٥٦٢ حيث يرى أن حذف نص المادة ٢٦٣ من المشروع التمهيدى لا يحول دون القول بقيام الفضالة بالرغم من نهى رب العمل للفضولى عن القيام بعمل يسد حاجة ماجة اقتضاها وجود التزام فرضه القانون على رب العمل وقضت بأدائه مصلحة عامة كالالتزام بالنفقة والالتزام بتجهيز الميت — وانظر فى هذا الرأى أيضاً مارتى ورينو ح ٢ ص ٣٠٣ هامش ٧ — بيدان ج ٩ مكرر بند ١٧٠١ — دى باج ج ٢ بند ١٠٤٧] .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٠ .

المبحث الثاني

أحكام الفضالة

٨٧٦ — التزامات الفضولي والتزامات رب العمل : الفضالة ، إذا توافرت أركانها على النحو الذي قدمناه ، ترتب التزامات في جانب الفضولي وأخرى في جانب رب العمل .

المطلب الأول

التزامات الفضولي(١)

٨٧٧ — ما هي هذه الالتزامات وما هو مصدرها : يلتزم الفضولي بما يأتي :

١ — أن يمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه .

٢ — أن يخطر رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك .

٣ — أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي .

٤ — أن يقدم حساباً لرب العمل عما قام به وأن يرد إليه ما استولى عليه بسبب الفضالة .

ومصدر هذه الالتزامات جميعاً عمل مادي إرادي يقوم به الفضولي فيرتب عليه

---

(١) [انظر مارتي ورينو ج ٢ بند ٣٤٤ ص ٣٠٦ — دي باج ج ٢ ص ١٠٥٥ بند ١٠٧٩ وما بعده — بيدان ج ٩ مكرر بند ١٧٠٧ وما بعده] .

القانون مباشرة هذه الالتزامات[1] . وهذا ظاهر إذا كان العمل الذى يقوم به الفضولى هو عمل مادى فى ذاته . وهو صحيح أيضاً حتى إذا كان العمل الذى يقوم به الفضولى هو تصرف قانونى ، سواء عقده باسمه الشخصى أو عقده باسم رب العمل نيابة عنه ، ففى الحالتين يعتبر قيام الفضولى بإبرام هذا التصرف القانونى عملاً مادياً فى العلاقة ما بين الفضولى ورب العمل ، وإن كان العمل يعتبر تصرفاً قانونياً فى العلاقة ما بين الفضولى والغير إن كان الفضولى عقده باسمه الشخصى ، وفى العلاقة ما بين رب العمل والغير إن كان الفضولى عقده باسم رب العمل .

ونستعرض : (أولا) التزامات الفضولى الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هذه الالتزامات من أحكام تتعلق بأهلية الفضولى وبالأثر الذى يترتب على موت الفضولى أو موت رب العمل وبتقادم هذه الالتزامات .

§ ١ — التزامات الفضولى الأربعة

(١) الالتزام الأولى — مضى الفضولى فى العمل الذى بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه :

٨٧٨ — جاء فى المادة ١٩١ ما يأتى : « يجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الشأن ما يأتى : « يعتبر القانون مصدراً مباشراً لالتزامات الفضولى ، ولو أنها تنشأ بمناسبة عمل إرادى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٣) . ونريد بالعمل المادى الإرادى هنا أن الذى أراده الفضولى هو العمل المادى ، لا الالتزامات التى يرتبها القانون على هذا العمل (قارن الدكتور أبو عافية فى التصرف القانونى المجرد النسخة العربية ص ١٧٠ هامش رقم ٧) . ولا يجوز القول إن القانون مصدر غير مباشر لالتزامات الفضولى وإن المصدر المباشر لهذه الالتزامات هو هذا العمل المادى الإرادى الصادر من الفضولى فإن القانون لم يصل بعد إلى أن يجعل من العمل المادى الإرادى مصدراً عاماً للالتزام ، كما فعل فى العقد وفى العمل غير المشروع وفى الإثراء بلا سبب . والصحيح أن القانون رتب على واقعة قانونية معينة ، هى العمل الصادر من الفضولى بشروطه المعروفة ، التزامات معينة ، كما رتب التزامات معينة على وقائع قانونية أخرى ، كواقعة الجوار وواقعة القرابة . فكل هذه الوقائع يرتب عليها القانون التزامات ينص عليها ، ويعتبر القانون مصدراً مباشراً لهذه الالتزامات . وسنفصل ذلك عند الكلام فى الالتزامات التى تنشأ من القانون (انظر عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٨٦ — وفى الرأى الآخر مذكرات مطبوعة للدكتور وديع فرج ص ٢٩ — ص ٣٠) — أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦١٦) .

بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه »[١] . وقد أراد المشرع بهذا الالتزام أن يمنع التدخل فى شئون الغير عن خفة واستهتار . فمن تدخل فى شأن لغيره من غير أن يدعى لذلك وجب عليه ألا يتخلى عن العمل متى بدا له أن يتخلى ، بل يلتزم بالمضى فيما بدأه رعاية لمصلحة رب العمل ، وهى المصلحة التى قصد الفضولى أن يرعاها . ولكن لا يلتزم الفضولى بإتمام العمل إلا إذا لم يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . فإذا تمكن من ذلك — وسنرى أن الفضولى يجب عليه إخطاره بتدخله متى استطاع — سقط عن الفضولى التزامه بإتمام العمل بل التزامه بالمضى فيه ، وأصبح من واجب رب العمل ، ومن حقه فى الوقت ذاته ، أن يباشر شؤونه بنفسه ، وأن يتخلى له الفضولى عن ذلك .

وإذا كان العمل الذى تولاه الفضولى عملا مادياً ، كتنقية زراعة من دودة القطن أو إطفاء حريق ، وجب على الفضولى المضى فى تنقية الزراعة أو فى إطفاء الحريق حتى يأتى رب العمل ويباشر العمل بنفسه . أما إذا كان العمل الذى تولاه تصرفاً قانونياً — سواء عقده باسم رب العمل أو باسمه الشخصى — فواجبه هنا أيضاً أن يمضى فى عمله ، فيتم إبرام التصرف القانونى ، ويقوم بالإجراءات التى يوجبها القانون كتسجيل التصرف أو قيده ، ثم يباشر تنفيذ التصرف إذ اقتضى الأمر ، فيؤدى ما أنشأه التصرف من التزامات ، ويطالب بما رتبه من حقوق ، باسم رب العمل أو باسمه الشخصى على حسب الأحوال . كل هذا حتى يتمكن رب العمل من مباشرة التصرف الذى عقده الفضولى نيابة عنه ، فيمضى فى الإجراءات أو فى التنفيذ بنفسه . أما التصرف الذى عقده الفضولى باسمه الشخصى

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٥ من المشروع التمهيدى بتغيير لفظى طفيف . وأقرته لجنة المراجعة بعد إدخال تعديلات لفظية بسيطة تحت رقم ١٩٧ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب دون تعديل تحت رقم ١٩٧ . كما وافق عليه كل من لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ مجلس الشيوخ دون تعديل تحت رقم ١٩١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٣ — ص ٤٧٤ .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٢ (مطابق) — الليبى م ١٩٤ (مطابق) — العراقى لا مقابل — اللبنانى م ١٥٧ (موافق) .

فيستمر هذا فيه حتى يتم تنفيذه لأنه هو المسئول عنه شخصياً ، وليس لرب العمل إلا تعويضه عن التزاماته وإلا محاسبته عنه كما سيأتي .

(ب) الالتزام الثاني — إخطار الفضولي رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك :

٨٧٩ — ولا يكفي أن يمضي الفضولي في العمل الذي بدأ به حتى يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه ، بل يجب إلى جانب ذلك أن يبادر إلى إخطار رب العمل بتدخله بمجرد أن يتمكن من ذلك ، فيستطيع رب العمل بعد هـذا الإخطار أن يستعمل حقه من مباشرة العمل بنفسه ، وقد رأينا أن هذه المباشرة إذا كانت واجباً عليه فهي أيضاً حق له . وهذا الالتزام هو ما ينص عليه الشطر الثاني من المادة ١٩١ إذ تقول « كما يجب عليه (أي على الفضولي) أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك »[١] . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي[٢] في هذا الصدد ما يأتي : « ويلاحظ أن الفضولي يلزم بالمضي في العمل الذي بدأه إلى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه . ولما كان لرب العمل أن يكف الفضولي عن التدخل فيما تصدى له ، لذلك كان من واجب الفضولي أن يخطره بتدخله في أول فرصة تتاح له . ومتى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبه أن يقوم بذلك » .

وغني عن البيان أن الفضولي ليس مطالباً أن يبذل جهداً غير معتاد لإخطار رب العمل بتدخله ، بل هو مطالب أن ينتهز أول فرصة معقولة تتاح له حسب الظروف التي تحيط به للقيام بهذا الإخطار .

(ج) الالتزام الثالث — بذل عناية الشخص العادي في القيام بالعمل :

٨٨٠ — *النص القانوني* : تنص المادة ١٩٢ على ما يأتي :

(١) انظر فقرة ٨٧٨ في الهامش .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٣ .

« ١ — يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى . ويكون مسئولا عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك » .

« ٢ — وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب » .

« ٣ — وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية »[1].

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل العناية المطلوبة من الشخص المعتاد وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أومفروضة . ٢ — ويكون مسئولا عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على خطئه إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك . ٣ — وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل ماتولاه أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . وإن تعدد الفضولى كان الجميع متضامنين فى المسئولية » . ثم قدمت لجنة المراجعة النص تحت رقم ١٩٨ فى المشروع النهائى بالصيغة الآتية : « ١ — يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة . ويكون مسئولا عن كل خطأ ، غير أنه يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على خطئه إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك . ٢ — وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . ٣ — وإذا تعدد الفضوليون كانوا متضامنين فى المسئولية » . — وقد وافق مجلس النواب على المادة كما وردت فى المشروع النهائى دون تعديل تحت رقم ١٩٨ — وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تليت المادة ١٩٨ ، فاقترح حذف عبارة « وأن يطابق بين عمله وإرادة رب العمل معروفة كانت هذه هى الإرادة أو مفترضة » الواردة فى الفقرة الأولى من هذه المادة لأنها تورد معياراً شخصياً يوقع فى إشكالات كثيرة . واقترح كذلك الاكتفاء بالمعيار المادى الوارد فى صدر هذه الفقرة وتعديل باقى الفقرة إلى ما يأتى : « ويكون مسئولا عن خطئه ، ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك » . كما اقترح حذف الفقرة الثانية لأنها تطبيق للقواعد العامة وقواعد مسئولية المتبوع عن تابعه . واعترض على صياغة الفقرة الثالثة لأنه يجب أن يكون هناك ارتباط فى العمل بين الفضوليين ، وإذا كان المقصود منها أن تطبق =

وهذا النص يشتمل على أحكام هامة فى الفضالة[1]. فهو : (١) يرسم معيار الخطأ فى الفضالة وما يترتب من المسئولية على هـذا الخطأ . (٢) ويبين أحكام نائب الفضولى . (٣) ويقرر التضامن فى المسئولية إذا تعدد الفضولى .

= فى حالة ما إذا قام أكثر من واحد بعمل واحد فمن الواجب إظهار هذا الحكم . واقترح أن يكون نصها كالآتى : « وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية » وبذلك أصبح نص المـادة ١٩٨ كالآتى : « ١ — يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل عناية الشخص العادى ويكون مسئولا عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك . ٢ — وإذا تعدد الفضوليون فى القيام بعمل واحد كانوا متضامنين فى المسئولية » .

وفى جلسة أخرى من جلسات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تليت المـادة ١٩٨ ورأت اللجنه بعـد مناقشتها إرجاع الفقرة الثانية منها وكانت قد حذفتها ، وسبب ذلك أن الفضالة عمل قائم بذاته يحتاج إلى شىء من العناية فى النصوص الخاصة به . وقالت اللجنة فى تقريرها ما يأتى : « حذفت اللجنة من الفقرة الأولى من هذه المادة عبارة « وأن يطابق بين عمله وبين إرادة رب العمل معروفة كانت هذه الإرادة أومفترضة » واكتفت اللجنة بأن يبذل الفضولى فىالقيام بالعمل عناية الشخص العادى ، واستبدلت فى الفقرة نفسها عبارة « إذا كانت الظروف تبرر ذلك » بعبارة « إذا كانت الظروف التى ساقته إلى القيام بالعمل تقتضى ذلك » فقد تكون هناك ظروف غير التى دفعت الفضولى إلى القيام بالعمل وتقتضى فى الوقت نفسه إنقاص التعويض . ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تمشياً مع ما تمليه العدالة » . وأصبح رقم المادة ١٩٢ — ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٤ — ص ٤٧٨) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٣ (مطابق) — الليبى م ١٩٥ (مطابق) — العراق لامقابل — اللبنانى م ١٥٦ (مقارب) .

(١) أنظر ما يقابلها فى التقنينات الأجنبية المادة ٦٣ من المشروع الفرنسى الإيطالى والمادة ١٣٧٢ و ١٣٧٤ من القانون الفرنسى والمادة ١٨٩٠ من القانون الإسبانيولى والمادة ١٥٦ من القانون اللبنانى والمادة ٦٨١ من القانون الألمانى والمادة ٤٢٠ من قانون الالتزامات السويسرى .

ولا مقابل فى التقنين المصرى القديم لهذا النص الجديد إلا المـادتان ١٤٩/٢١٠ من التقنين القديم ، وهذا هو نصها : « الالتزامات الناشئة عن الأفعال فى الأحوال المتقدم ذكرها (وهى حالة الفضالة وحالة استرداد غير المستحق) لا يترتب عليها تضامن فاعليها » . ونرى من ذلك أن القـانون القديم لم يعرض فى هذا النص إلا لتضامن الفضوليين فى المسئولية فنفى هذا التضامن على خلاف ما قرره التقنين الجديد . أما الأحكام الأخرى — معيار الخطأ وما يترتب عليه من مسئولية الفضولى وأحكام نائب الفضولى — فلم يعرض لها القانون القديم ، ولـكن القضاء والفقه فى مصر كانا يقرران دون نص ، ومن طريق تطبيق القواعد العامة ، الأحكام التى وردت فى نصوص التقنين الجديد إلا ما كان منها يحتاج فى تقريره إلى نص كرجوع رب العمل على نائب الفضولى بدعوى مباشرة .

٨٨١ — الخطأ فى الفضالة : لا يلتزم الفضولى بالوصول إلى النتيجة المرجوة ، بل يلتزم ببذل عناية الشخص العادى للوصول إلى هذه النتيجة . فالتزامه ليس التزاماً بتحقيق غاية ، بل هو التزام ببذل عناية[1] .

ومعيار خطأ الفضولى هو كمعيار الخطأ العقدى ويقاس على خطأ الوكيل إذا كان مأجوراً (م ٧٠٤ فقرة ٢) . فيجب ألا ينحرف الفضولى فى القيام بعمله عن السلوك المألوف للرجل العادى ، وأى انحراف عن هذا السلوك يكون خطأ يوجب مسئوليته[2] . وليس هذا الخطأ خطأ عقدياً لأن التزام الفضولى ببذل عناية الرجل العادى ليس التزاماً عقدياً ، ولاهو خطأ تقصيرى لأن مسئولية الفضولى ليست مسئولية تقصيرية إلا إذا ارتكب خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة . وإنما هو خطأ فى الفضالة[3] ، معياره هو عين معيار الخطأ العقدى والخطأ التقصيرى وخصوصية هذا الخطأ أن المسئولية عنه قد لا تكون كاملة ، إذ يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب عليه إذا كانت الظروف تبرر ذلك . وكثيراً ما تبرر الظروف التخفيف من مسئولية الفضولى إذ هو متفضل تدخل لرعاية مصلحة رب العمل[4] .

---

(١) وإذا كان عمل الفضولى هو تصرف قانونى يبرمه باسمه الشخصى أو نيابة عن رب العمل ، فلا يعتبر إبرام هذا التصرف هو الغاية المرجوة ، بل هو الوسيلة لإدراك هذه الغاية . فيبقى إذن التزام الفضولى ، حتى فى هذه الحالة ، التزام عناية لا التزام غاية .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى (م ٢٦٦) يوجب أن يطابق الفضولى بين عمله وبين إرادة رب العمل ، معروفة كانت هذه الإرادة أو مفترضة . وقد رأينا أن لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حذفت هذا الحكم لأنه « يورد معياراً شخصياً يوقع فى إشكالات كثيرة ، ورؤى الاكتفاء بالمعيار المادى الوارد فى صدر الفقرة ، وهو معيار السلوك المألوف للرجل المعتاد » .

(٣) [انظر أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٠ ص ٥٦٧ وأنور سلطان فقرة ٦٣٦ ص ٥٨١ وعبد المنعم فرج الصدة فقرة ٥٩٠ ص ٦٣٥ وقارن سليمان مرقس هامش ص ٨٣٠ حيث يرى عدم التفرقة بين خطأ الفضالة والخطأ التقصيرى الخارج عن نطاق أعمال الفضالة ، ويقول بأن جميع الأخطاء فيما عدا الخطأ العقدى تسرى عليها أحكام واحدة هى أحكام المسئولية التقصيرية ومن بينها إمكان المغايرة فى مدى التعويض تبعاً للظروف الملابسة] .

(٤) [انظر فى هذه المسألة دى باج جـ ٢ بند ١٠٨٣ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٤٤ — نقض مدنى فرنسى فى ٣ مايو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض الفرنسية سنة ١٩٥٥ — ١ — ١٥٣] .

فإذا كان تدخله لدفع ضرر داهم يتهدد رب العمل ، ففي هذا الظرف الذي ساقه للتدخل ما يشفع له إذا ارتكب خطأ في عمله وانحرف قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادي ، فيكون هذا سبباً لتخفيف المسئولية وإنقاص التعويض[١] . وقد تكون ظروف أخرى ، غير تلك التي ساقته للتدخل ، سبباً في تخفيف المسئولية . فالفضولي الذي يعمد إلى تنقية زراعة جاره من آفة زراعية ، ثم يبحث عن مواد كيماوية يكمل بها التنقية ، فيجد ظرفاً يجعل الوصول إلى هذه المواد ينطوي على شيء من المشقة يحجم عندها عن المضي في عمله ، فينحرف بذلك قليلا عن السلوك المألوف للرجل العادي ، قد يخفف القانون من مسئوليته عن هذا الخطأ بسبب الظرف الذي جد وجعل الوصول إلى المواد الكيماوية أمراً شاقاً[٢] .

وقد يرتكب الفضولي خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة يضر به رب العمل ، فيكون مسئولا عن هذا الخطأ وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية . مثل ذلك أن يعمد الفضولي إلى إطفاء حريق شبت في منزل جاره ، ثم هو بعد إطفاء الحريق والفراغ من أعمال الفضالة ، يهمل إقفال باب المنزل فتتسلل اللصوص ويسرقون أمتعة الجار . ففي هذا الفرض يكون خطأ الفضولي في إهماله أن يقفل باب المنزل خطأ تقصيرياً لأنه خارج عن أعمال الفضالة ، ويكون مسئولا نحو رب العمل عن هذا الخطأ مسئولية تقصيرية .

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يلاحظ أن الفضولي يلزم ما بقي قائماً بالعمل : بأن يبذل فيما يعمل عناية الشخص المعتاد ... وكل مخالفة لهذا الالتزام تعتبر خطأ يستتبع مساءلته . ومع ذلك فينبغي التسامح في تقدير هذه المسئولية إذا كان الفضولي قد قام بما تصدى له من شؤون رب العمل لدفع ضرر يتهدده : (انظر المادة ٤٢٠ من تقنين الالتزامات السويسري والمادة ٦٨ من التقنين الألماني والمادة ١٥٦ من التقنين اللبناني والمادتين ١١٨١ / ٩٤٥ من التقنينين التونسي والمراكشي) » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٥) .

(٢) وقد رأينا ما جاء في تقرير لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ : « واستبدلت ... عبارة (إذا كانت الظروف تبرر ذلك) بعبارة (إذا كانت الظروف التي ساقته إلى القيام بالعمل تقتضي ذلك) ، فقد تكون هناك ظروف غير التي دفعت الفضولي إلى القيام بالعمل وتقتضي في الوقت نفسه إنقاص التعويض ، ورأت اللجنة أن هذا التعديل أكثر تمشياً مع ما تمليه العدالة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٨) .

٨٨٢ — نائب الفضولى : وقد يعهد الفضولى إلى شخص آخر أن يقوم نيابة عنه بأعمال الفضالة كلها أو بعضها ، سواء تولى الفضولى العمل ابتداء ثم مضى نائبه فيه أو تولى النائب العمل من مبدئه[1] . ونائب الفضولى يكون بمثابة نائب الوكيل إذا كان العمل تصرفاً قانونياً[2] . وبمثابة المقاول من الباطن إذا كان عملا مادياً .

ويكون نائب الفضولى مسئولا قبل الفضولى ، ويجوز لرب العمل أن يستعمل حق الفضولى فى الرجوع على النائب عن طريق الدعوى غير المباشرة . ولكن التقنين المدنى الجديد لم يقتصر على الدعوى غير المباشرة ، بل أجاز فوق ذلك لرب العمل أن يرجع بدعوى مباشرة على نائب الفضولى . فرب العمل يستطيع إذن أن يرجع مباشرة : (أولا) على الفضولى لا عن خطئه هو فحسب ، بل أيضاً عن خطأ نائبه باعتباره تابعاً له ، وتكون مسئولية الفضولى عن النائب هى مسئولية المتبوع عن التابع[3] (ثانياً) على نائب الفضولى نفسه بطريق الدعوى المباشرة التى نص عليها القانون[4] . وهذا ماتقضى به الفقرة الثانية

---

(١) وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٢٦٦ من المشروع التمهيدى كانت تجرى على الوجه الآتى : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل ما تولاه أو ببعضه ... » فكان النص على هذا النحو يفرض أن الفضولى قد تولى العمل قبل أن يعهد به إلى غيره . وقد عدل النص . كما قدمنا ، فى المشروع النهائى على الوجه الآتى : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه ... » فاتسع النص بذلك لحالة ما إذا عهد الفضولى بالعمل لنائب من مبدأ الأمر وقبل أن يتولاه بنفسه .

(٢) ويستوى فى ذلك أن يكون الأصيل فى التصرف القانونى هو رب العمل أو الفضولى .

(٣) [انظر أحمد حشمت أبو ستيت هامش ١ ص ٥٦٨ وأنور سلطان فقرة ٦٣٧ ص ٥٨١ وعبد المنعم فرج الصدة ٥٩١ ص ٦٣٥ وقارن سليمان مرقس فقرة ٦٠٣ ص ٨٣١ حيث يرى أن مسئولية الفضولى عن أفعال مندوبيه أو معاونيه أو بدلائه هى أقرب إلى مسئولية المدين عن أعوانه أو بدلائه منها إلى مسئولية المتبوع التقصيرية عن فعل تابعيه لأنها تشبه الأولى فى أن الفضولى مدين أصلا بالمضى فى العمل الذى بدأه وببذل عناية الرجل المعتاد] .

(٤) ولم يكن هناك نص فى القانون القديم يعطى لرب العمل هذه الدعوى المباشرة ، فهى دعوى قد استحدثها التقنين الجديد . وليس لهذا الحكم المستحدث أثر رجعى . فلو أن فضولياً عهد إلى نائب أن يقوم عنه بالعمل وكان ذلك قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فإن رب العمل لا تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به النائب قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ولكن يجوز القول ، تطبيقاً لنظرية الأثر الفورى (effet immédiat) ، بأن رب العمل تكون له دعوى مباشرة قبل نائب الفضولى عن عمل قام به هذا منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أى منذ سريان التقنين الجديد .

من المادة ١٩٢ إذ تقول : « وإذا عهد الفضولى إلى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب »[١].

بقى أن نعرف هل يكون رب العمل — هو أيضاً — مسئولا عن التزاماته مباشرة قبل نائب الفضولى ؟ لا يوجـد نص على هذه العلاقة ، كما وجد النص فى حالة نائب الوكيل[٢] وفى حالة المقاول من الباطن[٣] ، فلا يجوز القول بها ، ويبقى رب العمل ملتزماً نحو الفضولى نفسه ويكون الفضولى ملتزماً نحو نائبه .

٨٨٣ — التضامن فى المسئولية عند تعدد الفضولى : ولما كان خطأ الفضولى فى الفضالة على النحو الذى قدمناه ليس بالخطأ التقصيرى ، فإن الفضوليين فى حالة التعدد إذا وقع خطأ منهم وهم يقومون بعمل واحد لا يكونون مسئولين بالتضامن إلا إذا وجد نص يقرر التضامن[٤] ، وقد أورد التقنين الجديد هذا النص على خلاف القانون القديم الذى كان ينص صراحة على عدم التضامن (م ١٤٩/٢١٠ قديم) . فجاء فى الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ ما يأتى : « إذا تعـدد الفضوليون فى القيام بعمل واحـد كانوا متضامنين فى المسئولية » . ولولا هذا النص لانعدم التضامن بين الفضوليين[٥].

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويسأل الفضولى كذلك باعتباره متبوعاً عن خطأ من ينيبه عنه ، كما أن هذا الأخير يسأل مباشرة قبل رب العمل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٦) .

(٢) أنظر المادة ٧٠٨ فقرة ثالثة من التقنين المدنى الجديد .

(٣) أنظر المادة ٦٦٢ من التقنين المدنى الجديد .

(٤) [انظر دى باج جـ ٢ بند ١٠٨٥ حيث يقرر انتفاء التضامن بين الفضوليين إذا تعددوا] .

(٥) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وعند تعدد المتصدين لشأن واحد من الفضوليين ، يسألون عن خطئهم على وجه التضـامن . ولما كان هذا الخطأ يغاير صنوه فى نطاق المسئولية التقصيرية ، لذلك كان من الضرورى تقرير التضامن بين هؤلاء المسئولين بنص خاص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٦) . أنظر أيضاً فيما يتعلق بتضامن الوكلاء عند تعددهم المادة ٧٠٧ من التقنين المدنى الجديد .

ويلاحظ أن شرط التضامن هو أن يتعدد الفضوليون فى عمل واحد . أما إذا تولى كل فضولى عملا مستقلا عن عمل الآخر ، فلا يكون هناك تضامن[1] .

(د) الالتزام الرابع — تقديم الفضولى حساباً لرب العمل ورد ما استولى عليه بسبب الفضالة :

٨٨٤ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٣ على ما يأتى : « يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به »[2] .

ونصت المادة ٧٠٦ بالنسبة إلى التزام الوكيل بتقديم الحساب على ما يأتى :

= [انظر أحمد حشمت أبو ستيت فقرة ٦٢٢ ص ٥٦٨ وأنور سلطان فقرة ٦٣٨ ص ٥٨٢ وعبد المنعم فرج الصده فقرة ٥٩٢ ص ٦٢٦ وقارن سليمان مرقس هامش رقم ١ ص ٨٣٤ حيث يرى أن عموم نص المادة ١٤٩ مدنى قديم لا يحول دون القول بتضامن الفضوليين لأن المشرع لم يقصد به إلا عدم التضامن فى الالتزامات الناشئة عن الفعل النافع ، أما تلك التى تنشأ عن الفعل الضار فى أثناء القيام بفعل نافع فإن عموم نص المادة ١٥٠ مدنى قديم وما بعدها كان يتسع لشمولها وكان بالتالى يمكن اعتبار المسئولين عنها متضامنين فى ظل القانون المدنى القديم] .

(١) وقد رأينا فى الأعمال التحضيرية أن ذكر فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ أنه « يجب أن يكون هناك ارتباط فى العمل بين الفضوليين » حتى يقوم التضامن فيما بينهم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٧) — هذا وتضامن الفضوليين حكم استحدثه التقنين الجديد كما رأينا ، فلا يكون له أثر رجعى . فلو أن الفضوليين قاموا بعمل واحد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ لما كانوا مسئولين بالتضامن . أما إذا قاموا بهذا العمل فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ أو بعد ذلك فإنهم يكونون مسئولين بالتضامن حتى لو قامت الفضالة قبل هذا التاريخ ، وذلك تطبيقاً لنظرية الأثر الفورى (effet immédiat) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص كما هو فى المادة ٢٦٧ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة وأصبح المادة ١٩٩ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب عليه كما هو تحت رقم ١٩٩ . كما وافقت عليه لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ تحت رقم ١٩٣ ، ووافق عليه مجلس الشيوخ دون تعديل كذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٩) .

وورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « يراعى أن الفضولى يلزم برد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب لرب العمل عما قام به ، وهو من هذه الناحية يلتزم بما يلتزم به الوكيل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٧٩) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٤ (مطابق) — الليبى م ١٩٦ (مطابق) — العراقى لا مقابل — اللبنانى م ١٥٨ (موافق) .

« ١ — ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه » .

« ٢ — وعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحة من وقت استخدامها ، وعليه أيضاً فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر » .

٨٨٥ — تطبيق هذه النصوص : ويترتب على تطبيق هذه النصوص ما يأتى :

١ — إذا قام الفضولى بتصرف قانونى عقده نيابة عن رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ مباشرة فى حق رب العمل كما سبق القول . وإذا مضى الفضولى فى تنفيذ هذا التصرف باسم رب العمل ، كما إذا استوفى حقاً ، فإنه يقبض الحق كوكيل . ولا يجوز له أن يستعمل المال لصالح نفسه . وإن فعل فعليه فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه بالسعر القانونى (أى ٤ فى المائة) من وقت استخدامها ، لا من وقت المطالبة القضائية ولا من وقت الإعذار . أما إذا لم يستعمل المال لصالح نفسه ، فإن فوائده بالسعر القانونى تجب عليه من وقت إعذاره برد المال .

٢ — إذا قام الفضولى بتصرف قانونى عقده باسمه الشخصى لصالح رب العمل ، فإن هذا التصرف ينفذ فى حقه لا فى حق رب العمل كما سبق القول . ويجب عليه أن يمضى فى العمل وأن ينفذ التصرف عند الاقتضاء . فإذا باع محصولات يسرع إليها التلف ، وقبض الثمن ، فلا يجوز له أن يستعمله لصالح نفسه ، وإلا وجبت عليه فوائده بالسعر القانونى من وقت استخدامه . وعليه أن يرده لرب العمل ، وإذا لم يستخدمه لصالح نفسه وجبت عليه فوائده القانونية من وقت الإعذار .

٣ — إذا قام الفضولى بعمل مادى ، كما إذا جنى محصولا لرب العمل ، فعليه أن يسلمه إياه بمجرد التمكن من ذلك ، ولا يجوز له أن يستولى عليه لصالح نفسه ، وإلا ألزم بالتعويض .

§ ٢ — ما تشترك فيه التزامات الفضولى من أحكام

(أهلية الفضولى — الأثر الذى يترتب على موت الفضولى أو موت رب العمل — تقادم التزامات الفضولى)

(١) أهلية الفضولى :

٨٨٦ — أهلية الفضولى بالنسبة إلى التصرف القانونى الذى يتولاه : حتى نتبين بوضوح الأهلية اللازمة للفضولى يجب التمييز بين أهليته بالنسبة إلى ما عسى أن يتولاه من تصرف قانونى وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالا مادية كما سبق القول .

فإذا كان العمل الذى يتولاه الفضولى تصرفاً قانونياً عقده باسم رب العمل نيابة عنه ، فقدقدمنا أن أهلية الفضولى بالنسبة إلى هذا التصرف هى أهلية الوكيل، فيكفى فيه التمييز ولا تشترط فيه الأهلية الكاملة للتصرف الذى يتولاه ، وإنما تشترط هذه الأهلية الكاملة فى رب العمل الذى ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف .

وأما إذا كان العمل الذى يتولاه الفضولى تصرفاً قانونياً عقده باسمه الشخصى ، فلابد أن تتوافر فيه الأهلية الكاملة لهذا التصرف لأنه هو الذى يلتزم به كما رأينا ، ولا يشترط فى رب العمل أية أهلية بالنسبة إلى هذا التصرف إذ يعتبر من الغير فيه .

٨٨٧ — أهلية الفضولى بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالا مادية : أما إذا نظرنا إلى أعمال الفضالة باعتبارها أعمالا مادية بالنسبة إلى رب العمل — وقد رأينا فيما تقدم أن جميع الأعمال التى يقوم بها الفضولى ، حتى التصرفات القانونية التى يعقدها باسمه أو باسم رب العمل ، تعتبر بالنسبة إلى رب العمل أعمالا مادية — فإن أهلية الفضولى للالتزام بهذه الأعمال تقتضى دائماً أن يكون من أهل التمييز ، إذ يشترط فيه كما قدمنا

القصد فى أن يعمل لمصلحة رب العمل . ثم هى بعد ذلك تختلف باختلاف ما يلتزم به . وقد علمنا أن التزامات الفضولى أربعة . اثنان منها — المضى فى العمل وإخطار رب العمل — لا يقتضيان أكثر من أهلية التمييز . فيجب على الفضولى ولو لم يكن بالغاً سن الرشد ، مادام مميزاً ، أن يمضى فى العمل الذى بدأ فيه وأن يخطر به رب العمل متى استطاع ذلك . وإذا هو أخل بأحد هذين الالتزامين كان هذا إخلالا بالتزام قانونى ، واعتبر خطأ تقصيرياً يوجب مسئوليته التقصيرية كاملة . والالتزامان الآخران — بذل العناية الواجبة فى إدارة العمل وتقديم الحساب — هما التزامان يتعلقان بحسن إدارة مال الغير ، ويشترط فيمن يطلب منه حسن إدارة مال الغير أن يكون كامل الأهلية . أما إذا لم تكن الأهلية الكاملة متوافرة فيه ، فلا يكون الرجوع عليه إلا بدعوى الإثراء بلا سبب ، وهذا ما لم يرتكب خطأ تقصيرياً فتكون مسئوليته التقصيرية كاملة .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ على ذلك فيما يأتى : « إذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد فلا يكون مسئولا عن إدارته إلا بالقدر الذى أثرى به ، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع »[١] .

---

(١) تاريخ النص : ورد النص بفقرتيه كما هو فى المادة ٢٧٠ من المشروع التمهيدى . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٢ ، ثم وافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته . وأرجأت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ البت فى النص ثم أقرته دون تعديل تحت رقم ١٩٦ . — ووافق عليه مجلس الشيوخ كما هو (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٦ — ص ٤٨٨) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد الفقرة الأولى من هذا النص ما يأتى : « تفترض التزامات الفضولى — وهى التزام المضى فى العمل التزام ببذل عناية الشخص المعتاد والتزام تقديم الحساب — توافر أهلية التعاقد فيه ، مادام وضعه يماثل وضع الوكيل من هذا الوجه . وتفريعاً على ذلك قضت الفقرة الثانية من المادة ٦١ من المشروع الفرنسى الإيطالى « بأن من لا تتوافر فيه أهلية قبول الوكيل لا يكون أهلا للالتزام بطريقة الفضالة » .

واستدرك النص فقرر أن الفضولى يسأل مع ذلك عما يحدث من ضرر ، ويلزم بقدر ما يثرى بغير سبب . فإذا لم يكن الفضولى أهلا للتعاقد ، فلا يسأل عن إرادته إلا وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب وقواعد المسئولية التقصيرية . فمسئوليته والحال هذه تقتصر على القدر الذى أثرى به على ألا يجاوز هذا القدر ما افتقر به رب العمل . ثم إن تلك المسئولية ليس أساسها خطأ قوامه التفريط فى بذل عناية الشخص المعتاد ، بل يجب =

ويستخلص من ذلك أن الفضولى إذا كان كامل الأهلية ، كانت مسئوليته كاملة عن الالتزام ببذل العناية الواجبة فى القيام بأعمال الفضالة وعن الالتزام بتقديم حساب عن إدارته . أما إذا كان ناقص الأهلية ، فلا يكون مسئولا إلا بالقدر الذى أثرى به . فإذا ارتكب خطأ فى الفضالة ، أو قصر فى تقديم الحساب لرب العمل ، أو لم يسلمه ما استولى عليه بسبب الفضالة ، وأصاب رب العمل ضرر من جراء ذلك ، فلا يكون الفضولى ناقص الأهلية مسئولا إلا فى حدود الإثراء بلا سبب ، ولا يلتزم إلا بأقل القيمتين : ما انتفع به فعلا وما أصاب رب العمل من ضرر . كل هذا ما لم يرتكب الفضولى خطأ تقصيرياً خارجاً عن أعمال الفضالة — وقد ميزنا فيما تقدم بين الخطأ التقصيرى والخطأ فى الفضالة — فتكون مسئولية الفضولى عن الخطأ التقصيرى مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية .

= لترتيبها إقامة الدليل على وقوع عمل غير مشروع من الفضولى متى كان بداهة غير مجرد من التمييز » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٦ — ص ٤٨٧) .

ونحن نأخذ على ما جاء فى المذكرة الإيضاحية أن العبارة الأخيرة منها تخلط ما بين الخطأ فى الفضالة ، ومسئولية الفضولى ناقص الأهلية عنه مسئولية غير كاملة فى حدود الإثراء بلا سبب ، والخطأ التقصيرى ، ومسئولية الفضولى عنه مسئولية كاملة حتى لو كان ناقص الأهلية . ونأخذ عليها أيضاً أنها لم تميز تمييزاً واضحاً بين أهلية الفضولى بالنسبة إلى التصرف القانونى الذى قد يتولاه وأهليته بالنسبة إلى أعمال الفضالة باعتبارها جميعاً أعمالا مادية ، ثم فيما يتعلق بهذه الأعمال لم تميز كذلك بين الالتزام الفضولى بالمضى فى العمل والإخطار عنه والتزامه ببذل العناية الواجبة وتقديم الحساب .

وعذرنا — ونحن الذين وضعنا المذكرة الإيضاحية — أن هذه المسألة الدقيقة يضطرب القول فيها عادة ، ولا يكاد الفقهاء يجمعون فيها على رأى . وقد استقر بنا الرأى بعد تمحيص على ما قررناه فيما تقدم (قارن الموجز للمؤلف فقرة ٤٠٩ ص ٥٠٤ — حشمت أبو ستيت فقرة ٥٦٢ — أبو عافية فى التصرف القانونى المجرد النسخة الفرنسية ص ١٦٧ هامش رقم ٧ — محمد وهيبة فى النظرية العامة للالتزامات فقرة ٣٧٧ — والتون ٢ ص ١٥٨ — ص ١٥٩ — دى هلتس ٢ ص ٣٠١ فقرة ٤٦ — بلانيول وريبير وإسمان ٧ فقرة ٧٢٩ — أوبرى ورو ٦ ص ٢٩٣ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٩٩ — كولان وكابيتان ٢ ص ٧٢١ — ديموج ٣ فقرة ٢٩ — بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ١٢١٨).

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٧/١ (مطابق) — (الليبى) ١٩٩/١ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى م١٥١/٢ (موافق).

ويستخلص مما قدمناه عن الأهلية فى دعوى الإثراء بلا سبب وفى دعوى غير المستحق وفى دعوى الفضالة ، أن المثرى لا تشترط فيه أية أهلية ، فهو يلتزم بالإثراء حتى لو كان ناقص الأهلية ، بل حتى لو كان عديم التمييز . أما المدفوع له فى دعوى غير المستحق ، أو الفضولى فى دعوى الفضالة ، فيشترط فيه كمال الأهلية ، وإلا لم يكن مسئولا إلا فى حدود الإثراء بلا سبب .

(ب) أثر موت الفضولى أو موت رب العمل فى التزامات الفضولى :

٨٨٨ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٤ على ما يأتى :

« ١ — إذا مات الفضولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧١٧ فقرة ٢ » .

« ٢ — وإذا مات رب العمل بقى الفضولى ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم »[(١)] .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — تنقضى الفضالة بموت الفضولى ، ومع ذلك يلتزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٩٩٦ فقرة ٢ . ٢ — ولا تنقضى الفضالة بموت رب العمل ، ويبقى الفضولى ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم » . وفى لجنة المراجعة اقترح إدخال تعديل فى الصياغة يقصر النص على الحكم المطلوب فأقرته اللجنة وأصبح النص النهائى ما يأتى :

« ١ — إذا مات الفضولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة ٧٩٤ . ٢ — إذا مات رب العمل بقى الفضولى ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم » . وأصبح رقم المادة ٢٠٠ فى المشروع النهائى — ووافقت لجنة مجلس النواب على المادة بعد أن أضافت إلى آخر الفقرة الأولى كلمتى « فقرة ٢ » واستبدلت رقم ٧٤٨ برقم ٧٤٩ — ووافق مجلس النواب على المادة كما عدلتها اللجنة تحت رقم ٢٠٠ — وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ووفق على المادة دون تعديل بعد استبدال رقم ٧١٧ برقم ٧٤٨ وأصبح رقم المادة ١٩٤ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها اللجنة . (مجموعة الأحكام التحضيرية ٢ ص ٤٨٠ — ٤٨١) .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « يظل الفضولى مرتبطاً بالتزاماته هذه ولو مات رب العمل . وفى هذه الحالة يلتزم قبل الورثة إذ يؤول إليهم ما كان لمورثهم من حقوق فى هذا الصدد من طريق الميراث . بيد أن التزامات الفضولى تنقضى على نقيض ذلك بموته ولا تنتقل إلى ورثته . ومع ذلك فيلزم هؤلاء الورثة التزاماً شخصياً مباشراً بما يلتزم به ورثة الوكيل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٥ (مطابق) — الليبى م ١٩٧ (مطابق) — العراقى لا مقابل — اللبنانى م ١٥٢ (مرافق) .

وتنص المادة ٧١٧ فقرة ٢ على ما يأتى :

« وفى حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب على ورثته ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، أن يبادروا إلى إخطار الموكل بموت مورثهم ، وأن يتخذوا من التدبيرات ماتقتضيه الحال لصالح الموكل » .

ويخلص من هذه النصوص أنه يجب التمييز بين فرضين : موت الفضولى وموت رب العمل .

٨٨٩ — *موت الفضولى* : تنقضى الفضالة بموت الفضولى كما تنقضى الوكالة بموت الوكيل ، وبذلك تنقضى التزامات كل من الفضولى والوكيل ، أما ورثة الفضولى فيلتزمون التزاماً شخصياً مباشراً بما تلتزم به ورثة الوكيل . وهؤلاء ، إذا توافرت فيهم الأهلية وكانوا على علم بالوكالة ، يلتزمون بالمبادرة إلى إخطار الموكل بموت الوكيل ، وباتخاذ التدبيرات المناسبة لصالح الموكل تبعاً لما تقتضيه الحال . وبذلك أيضاً تلتزم ورثة الفضولى إذا كانوا كاملى الأهلية وعلى علم بالفضالة . فعليهم أن يخطروا رب العمل بموت مورثهم . وعليهم أيضاً أن يحافظوا على ما تم من عمل بأن يصلوا به إلى حالة لا يتعرض معها للتلف حتى يتمكن رب العمل من أن يباشر العمل بنفسه .

٨٩٠ — *موت رب العمل* : هنا تختلف الفضالة عن الوكالة . فالوكالة تنقضى بموت الموكل (م ٧١٤) ، ومتى انقضت وجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف (م٧١٧ فقرة ١) . أما الفضالة فلا تنقضى بموت رب العمل ، بل يبقى الفضولى قائماً بالتزاماته نحو الورثة كما كان قائماً بها نحو رب العمل . ولا يكفى أن يصل الفضولى بالأعمال التى بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف ، كما تفعل ورثة الوكيل وكما تفعل ورثته إذا مات هو ، بل يجب عليه أن يستمر فى العمل لصالح ورثة رب العمل الذين حلوا محل مورثهم .

والسبب فى أن الفضالة لاتنتهى بموت رب العمل أن موقف الفضولى من ورثة إذا رب العمل هو عين موقفه من رب العمل نفسه ، فهو فضولى بالنسبة إليهم كما كان فضولياً بالنسبة إلى مورثهم . فلا معنى لانقضاء الفضالة بموت رب العمل . وهذا بخلاف الوكالة ، فإن العلاقة بين الوكيل والموكل علاقة شخصية قامت على اتفاق بينهما ، فإذا مات الموكل لم يجبر الوكيل على البقاء فى علاقة شخصية مع ورثة لم يتفق معهم على هذه العلاقة . أما أن كلا من الفضالة والوكالة تنقضى بموت الفضولى أو الوكيل ، فذلك لأن الفضولى أو الوكيل هو الذى يقوم بالعمل ، فلا محل لإلتزام الورثة بما التزم به موثهم .

(حـ) تقادم التزامات الفضولى :

٨٩١ — تنص المادة ١٩٧ على أنه « تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه كل طرف بحقه . وتسقط كذلك فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق »[١] .

ويستخلص من هذا النص أن الفضولى إذا لم يقم بالتزاماته ، بأن لم يمض فى العمل أو لم يخطر رب العمل بتدخله أو لم يبذل العناية الواجبة أو لم يقدم حساباً عن عمله ، فإن رب العمل يستطيع مقاضاته ليلزمه بتنفيذ التزاماته هذه عيناً أو بطريق التعويض .

وتسقط هذه الدعوى الناشئة عن الفضالة بأقصر المدتين . ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه رب العمل بحقه ، أو خمس عشرة سنة من وقت نشوء هذا الحق . ومدة

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى مادة ٢٧١ من المشروع التمهيدى مع زيادة كلمة « بالتقادم » فى صدر النص . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٢٠٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب تحت الرقم ذاته . وأقرته لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ مع حذف كلمة « بالتقادم » تحت رقم ١٩٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما أقرته اللجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية رقم ٢ ص ٤٨٨ — ص ٤٨٩) . وحذفت كلمة « بالتقادم » لأن معنى التقادم واضح بدونها ، فلا ضرورة لها .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٨ (مطابق) — الليبى م ٢٠٠ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى لا مقابل .

التقادم هـذه هى عينها مـدة التقـادم فى دعوى الإثراء بلا سبب وفى دعوى غير المستحق[١] .

ونشير هنا إلى ما سبق أن قررناه فى الدعويين الأخيرتين ، من أن التقادم بثلاث سنوات يتم غالباً قبل التقادم بخمس عشرة سنة ، ولـكن قد يقع أن رب العمل لا يعلم بحقه إلا بعد مدة طويلة ، إذا فرضناها أكثر من اثنتى عشرة سنة ، فإن الدعوى تتقادم فى هذه الحالة بخمس عشرة سنة من وقت قيام الالتزام قبل تقادمها بثلاث سنوات من وقت علم رب العمل بحقه فى الرجوع على الفضولى .

المطلب الثانى

التزامات رب العمل

٨٩٢ — ماهى هذه الالتزامات وماهى مصدرها : تنص المادة ١٩٥ على أنه « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ؛ وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته »[٢] .

---

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى توافرت شروط الفضالة المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ من القانون المدنى (القـديم) كان للفضولى بحكم القانون أن يطالب رب العمل بالمصاريف التى صرفها والخسارات التى خسرها ، والتزام رب العمل فى هذه الحالة مصدره قاعدة عدم جواز الإثراء على حساب الغير إذ هو قد أفاد من عمل الفضولى ولا يتوقف الالتزام على إرادة رب العمل ، ومن ثم يبدأ سقوط حق الفضولى فى استرداد المصروفات التى صرفها من وقت قيامه قصداً بالفعل الذى ترتب عليه منفعة رب العمل : نقض مدنى فى ١٢ من فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض السنة ٤ ص ٤٧٦ رقم ٦٩] .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٦٩ من المشروع التمهيـدى على الوجه الآتى : =

ويتبين من هذا النص أن رب العمل تترتب فى ذمته التزامات أربعة :

١ — أن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عنه .

٢ — أن يعوض الفضولى عن التعهدات التى عقدها هذا باسمه شخصياً .

٣ —أن يرد إلى الفضولى النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافاً إليها

= « ١ — يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل فى حدود إدارته الحسنة ، فإذا حسنت هذه الإدارة ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة منها ، كان رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها باسمه الفضولى ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها شخصياً ، وأن يرد له كل النفقات الضرورية والنافعة التى تسوغها الظروف ، مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه تعويضاً عادلا عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ٢ — ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » — وقد أقرت لجنة المراجعة النص بعد استبدال كلمة « سوغتها » بكلمة « تسوغها » تحت رقم ٢٠١ فى المشروع النهائى — ووافق مجلس النواب على النص دون تعديل تحت رقم ٢٠١ — وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اعترض على عبارة « فى حدود إدارته الحسنة فإذا حسنت هذه الإدارة » الواردة فى أول الفقرة الأولى ، واقترحت الإحالة إلى المعيار السابق النص عليه فى المادة ١٩٨ كما اقترح استبدال كلمة « لحسابه » بكلمة « باسمه » وحذف كلمتى « كل » و « شخصياً » وعبارتى « التى سوغتها الظروف » و « تعويضاً عادلا » . كذلك اقترح جعل المادة فقرة واحدة . فوافقت اللجنة على كل ذلك . وقد اقتضت الصياغة حذف كلمى « منها كان » والاستعاضة عنهما بعبارة « وفى هذه الحالة يكون » . وبذلك أصبح نص المادة كالآتى : « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة . وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التى عقدها لحسابه الفضولى ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل . ولا يستحق الفضولى أجراً على عمله إلا أن يكون من أعمال مهنته » . وفى جلسة أخرى وافقت اللجنة على إعادة العبارة التى سبق لها أن حذفتها وهى « التى سوغتها الظروف » ، وكتبت فى تقريرها ما يأتى : « عدلت اللجنة الفقرة الأولى وأدمجت فيها الفقرة الثانية ، وخلاصة التعديل أن اللجنة استبدلت بعبارة « فى حدود إدارته الحسنة » عبارة « متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى » حتى لا يتبادر إلى الذهن أن النص يأخذ بمعيار غير المعيار الذى قررته المادة ١٩٨ ، وهذبت صياغة المادة تهذيباً لفظياً يتناسب مع هذا التعديل وأصبح رقمها ١٩٥ » .

ثم وافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته اللجنة . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٢ — ص ٤٨٥) .

<u>التقنينات المدنية العربية الأخرى</u> : السورى م ١٩٦ (مطابق) — الليبى م ١٩٨ (مطابق) — العراقى لا مقابل — اللبنانى م ١٦١ — ١٦٤ (مقارب) .

فوائدها من يوم دفعها ، وبأن يدفع له أجراً على عمله إذا كان العمل الذى قام به الفضولى يدخل فى أعمال مهنته .

٤ — أن يعوض الفضولى عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل .

بقى أن نبين مصدر هذه الالتزامات الأربعة .

فأول التزام منها — وهو الالتزام بتنفيذ التعهدات التى عقدها الفضولى بالنيابة عن رب العمل — مصدره النيابة القانونية . وهى نيابةأنشأها القانون بصريح النص فى صدر المادة ١٩٥ إذا يقول : « يعتبر الفضولى نائباً عن رب العمل متى كان قد بذل فى إدارته عناية الشخص العادى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة » .

والالتزامات الثلاثة الأخيرة — تعويض الفضولى عن التعهدات التى عقدها باسمه ، ورد النفقات والأجر، وتعويضه عن الضرر — مصدرها الإثراء بلا سبب[1] . ومن هنا تتصل الفضالة بقاعدة الإثراء . ذلك أن الفضولى بما أداه من مصلحة لرب العمل قد تحمل تكاليف وتكبد نفقات وتجشم ضرراً ، فله أن يسترد هذه التكاليف وأن يسترجع هذه النفقات وأن يعوض عن هذا الضرر . وهو يسترد ما غرمه كاملا ، لافى حدود إثراء رب العمل فحسب . وفى هذا يتميز الفضولى عن المفتقر لمصلحة الغير ، لأن الفضولى متفضل انصرفت نيته إلى تحقيق مصلحة لرب العمل كما قدمنا .

ونستعرض : (أولا) التزامات رب العمل الأربعة (ثانياً) ما تشترك فيه هــذه الالتزامات من أحكام ، تتعلق بأهلية رب العمل ، وبالأثر الذى يترتب على موت رب العمل أو موت الفضولى ، وبتقادم هذه الالتزامات .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه متى توافرت شروط الفضالة ، كان للفضولى بحكم القانون أن يطالب رب العمل بالمصروفات التى صرفها والخسارات التى خسرها ، والتزام رب العمل فى هــذه الحالة مصدره قاعدة عدم جواز الإثراء على حساب الغير إذ هو قد أفاد من عمل الفضولى ، ولا يتوقف الالتزام على إرادة رب العمل (نقض مدنى ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٩ ص ٤٧٦)].

§ ١ — التزامات رب العمل الأربعة

(١) الالتزام الأول — تنفيذ التعهدات التي عقدها الفضولي بالنيابة عنه :

٨٩٣ — رأينا أن الفضولي قد يعقد تصرفاً قانونياً بالنيابة عن رب العمل . فإذا كانت أركان الفضالة متوافرة في هذه الحالة ، فإن الفضولي يعتبر نائباً عن رب العمل . وهذه النيابة قانونية تقررت بنص في القانون كما رأينا ، بخلاف نيابة الوكيل عن الموكل فهي نيابة اتفاقية تقررت بعقد الوكالة .

وينبني على ذلك أن العقود التي يبرمها الفضولي بالنيابة عن رب العمل ينصرف أثرها مباشرة إلى رب العمل، في الحقوق التي أنشأتها وفي الالتزامات التي رتبتها ، فيعتبر رب العمل هو الدائن في هذه العقود أو المدين . وباعتباره مديناً يلتزم كما قلنا بتنفيذ الالتزامات التي رتبتها هذه العقود . ومن ثم نرى أن هذا الالتزام الأول إنما هو النتيجة المباشرة لفكرة النيابة التي تقوم عليها الفضالة[1] .

(ب) الالتزام الثاني — تعويض الفضولي عن التعهدات التي عقدها هذا باسمه شخصياً :

٨٩٤ — قدمنا أن الفضولي قد يتعاقد باسمه شخصياً لمصلحة رب العمل . فقد يتفق شخصياً مع مقاول لإصلاح منزل لرب العمل . فينشئ عقد المقاولة في ذمة الفضولي التزامات نحو المقاول . فيلتزم رب العمل في هذه الحالة أن يعوض الفضولي عن هذه الالتزامات . وإذا كان الفضولي هو الذي يؤديها للمقاول ، فإنه يرجع بما يؤديه على رب

---

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « يلزم رب العمل أولا بالوفاء بما تعهد به الفضولي . وينبغي التفريق في هذا الصدد بين فرضين : فإذا كانت هذه التعهدات قد تولى عقدها الفضولي باسم رب العمل بأن أضاف العقد إليه ، التزم هذا مباشرة بمقتضى النيابة القانونية التي تنشأ عن الفضالة ، وبهذا يصبح رأساً دائناً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولي » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٣) .

العمل ، مضافاً إليه الفوائد بالسعر القانونى (٤ فى المائة) من يوم أن أدى ، ذلك أن الالتزامات التى أداها تعتبر نفقات ترد بفوائدها على ما سنرى .

كذلك الكفيل إذا كان فضولياً بالنسبة إلى المدين الأصلى ، فكفله متطوعاً ، لا مأموراً بالكفالة ولا منهياً عنها ، يلتزم التزاماً شخصياً نحو الدائن أن يوفى له الدين إذا لم يوفه المدين الأصلى . فإذا أدى الدين الدائن ، رجع بدعوى الفضالة على المدين بما أداه ، مضافاً إليه المصروفات والفوائد القانونية[1] .

(حـ) الالتزام الثالث — رد النفقات الضرورية والنافعة ودفع الأجر :

٨٩٥ — النفقات الضرورية والنافعة : يلتزم رب العمل أن يرد للفضولى « النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف ، مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها » . فإذا قام

= هذا وقد خلطت محكمة الاستئناف المختلطة فى العهد الأول ما بين الفضالة والإثراء بلا سبب عندما قضت عما يأتى : « الأوراق المالية التى جعل لها غوردون باشا سعراً إجبارياً فى أثناء حصار الخرطوم ليست أوراقاً تجارية بل هى أوراق نقدية حتماً . ولما كان إصدار الأوراق النقدية هو من حق الحكومة وحدها ، ولم تفوض هذا الحق إلى غوردون باشا ، فإن هذه الأوراق لا يحتج بها على الحكومة المصرية . ومع ذلك يجوز لحاملى هذه الأوراق الحسنى النية أن يطالبوا برد قيمتها إذا هم أثبتوا أنهم قدموا للحكومة أو لعملائها من المؤن والبضائع ما يساوى هذه القيمة » . (استئناف مختلط فى ١٧ مايو سنة ١٨٨٨ المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة ١٣ ص ٢٢٤) والظاهر أن المحكمة طبقت فى هذه القضية قاعدة الإثراء بلا سبب وإن كانت لم تفصح عن ذلك . والصحيح هو ما قاله مارافان من أن غوردون باشا عندما أصدر هذه الأوراق النقدية كان يعمل باسم الحكومة المصرية ، عن طريق الفضالة لأنه لم يتلق تفويضاً منها ، فتصبح الحكومة المصرية مدينة مباشرة لحاملى هذه الأوراق لأن غوردون باشا كان نائباً عنها فى هذا التصرف القانونى (أنظر مارافان المجلة المصرية سنة ١٩٤٩ عدد يناير وفبراير ص ٣٠ — ص ٣١) .

[وانظر فى هذه المسألة : بيدان جـ ٩ مكرر بند ١٧١٠ — دى باج جـ ٢ بند ١٠٩٠ — ١٠٩٩ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٤٥] .

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما إذا تعاقد الفضولى باسمه شخصياً ، فإن أضاف العقد إلى نفسه لا إلى رب العمل ، فلا يصبح هذا دائناً أو مديناً لمن تعاقد معه الفضولى من الأغيار ، وإنما ترجع حقوق العقد والتزاماته إلى الفضولى . ولكن رب العمل يلزم بتعويض عن جميع ما عقد من التعهدات على هذا الوجه وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٤٨٣) . ويلاحظ أن العبارة الأخيرة من المذكرة الإيضاحية « وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب » إنما يراد بها أن يكون التعويض قائماً على أساس الإثراء بلا سبب ، لا أن التعويض يكون أقل القيمتين .

الفضولى بترميم منزل لرب العمل ، فإنه ينفق ترميمه فى مصروفات ضرورية . وإذا ما جنى له محصولا يسرع إليه التلف ، فإنه يدفع أجر الأيدى العاملة لجنى المحصول ، وقد يرى من الخير أن يخزن المحصول تمهيداً لبيعه ، فيدفع مصروفات التخزين ، وهذه مصروفات نافعة تسوغها الظروف . كل هذه المصروفات الضرورية ، والمصروفات النافعة التى سوغتها الظروف[1] ، يرجع بها الفضولى على رب العمل . بل ويرجع بفوائد ما أنفق بالسعر القانونى (٤ فى المائة) من وقت الإنفاق ، وفى هذا استثناء من القواعد العامة تقرر لمصلحة الفضولى ، فإن الفوائد القانونية لا تستحق طبقاً لهذه القواعد إلا من وقت المطالبة القضائية[2] . ويلاحظ أن المصروفات النافعة يجب ألا تكون فاحشة ، فلا يجوز للفضولى أن يفرط فى هذه المصروفات حتى لو كان النفع منها محققاً ، بل يجب أن يقف فى هذا عند حد معقول لا يثقل كاهل رب العمل عند الرجوع عليه بها[3] .

ويلاحظ أن التزام رب العمل فى رد النفقات إلى الفضولى يعدل التزام الموكل فى رد النفقات إلى الوكيل . وقد قررت المادة ٧١٠ هذا الالتزام الأخير على الوجه الآتى : « على الموكل أن يرد للوكيل ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد مع الفوائد من وقت الإنفاق ، وذلك مهما كان حظ الوكيل من النجاح فى تنفيذ الوكالة » .

---

(١) وقد قضت محكمة المنصورة الجزئية المختلطة بأن دعوى الفضالة تجعل للفضولى الحق فى أن يسترد المصروفات النافعة ، ما دامت هذه المصروفات كانت نافعة وقت إنفاقها ، حتى لو كان النفع الذى كان ينجم عنها لم يتحقق أو زال بعد تحققه (١٢ أغسطس سنة ١٩٢٥ جازيت ١٥ رقم ١٩٩ ص ٣١٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الإسكندرية الابتدائية المختلطة بأن للفضولى الحق فى استرداد المصروفات التى اقتضتها أعمال إدارته ، مضافاً إليها الفوائد القانونية من وقت الإنفاق . أما فى دعوى الإثراء فلا يسترد المدعى هذه المصروفات إلا فى حدود ما انتفع به المالك ، ولا يتقاضى فوائد عنها إلا من وقت المطالبة القضائية (٦ يناير سنة ١٩١٧ جازيت ٧ رقم ٩٠ ص ٢٦٥) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه إذا آوى صاحب فندق عاملين جرحا فى حادث وعالجهما ، وقد مات أحدهما وشفى الآخر ، جاز لصاحب الفندق أن يرجع على رب العمل بجميع نفقات المأوى والعلاج ، دون تفريق بين نفقات من مات ونفقات من شفى ، وليس لرب العمل أن يعتبر هذه النفقات مصروفات زائدة على الحد الواجب ، وأن يطلب إنقاصها إلى القدر الجزافى الذى حدده قانون العمل الصادر فى ٩ أبريل سنة ١٨٩٨ (محكمة النقض الفرنسية فى ٢٨ فبراير سنة ١٩١٠ داللوز ١٩١١ — ١ — ١٣٧ — وانظر أيضاً تعليقاً على الحكم فى مجموعة كابيتان فى الأحكام الرئيسية للقضاء المدنى باريس سنة ١٩٥٠ ص ٤٢٥ — ص ٤٢٧) .

٨٩٦ — الأجر : ويدخل ضمن النفقات أجر الفضولى إذا كان العمل الذى قام به يدخل فى أعمال مهنته . فالمحامى والطبيب والمهندس إذا قام أحد منهم بعمل من أعمال مهنته فضالة لمصلحة الغير استحق أجراً على عمله ، فوق المصروفات التى أنفقها ، هو الأجر المعتاد لمثله .

أما إذا كان الفضولى قد قام بعمل لا يدخل فى أعمال مهنته ، كطبيب رمم منزل جار له ، فإنه لا يأخذ أجراً على عمله ، ويقتصر على استرداد المصروفات الضرورية والنافعة على النحو الذى قدمناه[1] .

ويلاحظ أن الوكيل كالفضولى لا يستحق فى الأصل أجراً على عمله . وهو كالفضولى أيضاً فى أنه قد يستحق الأجر إذا كانت أعمال الوكالة داخلة فى أعمال مهنته . ويختلف عن الفضولى فى أنه قد يتفق مع الموكل على أجر ، ولا يتصور هذا الاتفاق فى حالة الفضولى مع رب العمل . وفى هذا المعنى تقول الفقرة الأولى من المادة ٧٠٩ : « الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل » .

(د) الالتزام الرابع — تعويض الفضولى عن الضرر الذى لحقه :

٨٩٧ — قد يلحق الفضولى ضرر أثناء قيامه بالعمل ؛ يطفىء حريقاً فيتلف أمتعة مملوكة له ، ينقذ شخصاً موشكاً على الغرق فيصاب بضرر وهو ينقذه ، يمسك بزمام فرس جامح فيصاب بجروح بليغة . فإذا كان الضرر الذى أصابه لم يكن يستطيع أن يتوقاه ببذل المألوف من العناية ، وكان وقوعه عليه بغير خطأ منه ، فإنه يدخل ضمن التكاليف التى

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى « والأصل أن الفضولى لا يستحق أجراً على عمله ، إذ يفرض فيه أنه يتبرع بخدمة يؤديها لرب العمل ، إلا أن هذه القرينة تسقط متى كان ما قام به الفضولى من قبيل وجوه الإنفاق الحقيقية بالنسبة له ، ويتحقق ذلك إذا كان العمل الذى أداه يدخل فى نطاق أعمال مهنته ، كما هو الشأن فى طبيب يقوم بعلاج مريض أو مهندس يتولى ترميم عين من الأعيان ، فعندئذ يصبح من حقه أن يؤجر على هذا العمل » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص٤٨٣) .

[وانظر فى هذه المسألة : دى باج ج ٢ بند ١٠٩٧ ص ١٠٦٥ وما بعدها — مارتى ورينو ج ٢ بند ٣٤٥ ص ٣٠٧] .

تجشمها أثناء القيام بعمله ، ويكون من حقه أن يرجع على رب العمل بتعويض عنه[1] .

ويلاحظ أن حق الفضولى فى تقاضى تعويض عما يصيبه من الضرر يعدل حق الوكيل فى ذلك . وقد نصت المادة ٧١١ على أنه « يكون الموكل مسئولا عما أصاب الوكيل من ضرر دون خطأ منه بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذاً معتاداً » .

ويلاحظ أيضاً أنه إذا تعدد رب العمل ، بأن قام فضولى مثلا بعمل لمصلحة شركاء على الشيوع ، فلا تضامن بين أرباب العمل المتعددين فى التزاماتهم نحو الفضولى ، إذ لا تضامن دون نص[2] . وقد ورد النص فى تعدد الفضولى (م ١٩٢ فقرة ٣) ، وفى تعدد الوكيل (م٧٠٧) ، وفى تعدد الموكل (م ٧١٢) ، ولم يرد فى تعدد رب العمل . والعلة فى ذلك أن أرباب العمل إذا تعددوا قل أن توجد بينهم علاقة تسوغ قيام التضامن .

§ ٢ — ماتشترك فيه التزامات رب العمل من أحكام

(أهلية رب العمل — الأثر الذى يترتب على موت رب العمل أو موت الفضولى — تقادم التزامات رب العمل) .

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويلزم رب العمل أخيراً بتعويض الفضولى تعويضاً عادلا عما يلحقه من ضرر بسبب قيامه بالعمل . ويتحقق معنى العدالة فى التعويض متى كان متناسباً مع ما لم يستطع الفضولى إتقاءه من ضرر مع بذل المألوف من أسباب العناية . ويقوم حق الفضولى فى اقتضاء التعويض على ما يتمثل فى الضرر الحادث له من إفقار » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٤) .

وتطبيقاً لحق الفضولى فى اقتضاء تعويض عن الضرر الذى يلحقه ، قضت محكمة الاستئناف الوطنية لسائق قطار بذل جهداً غير عادى لاتقاء حادث ، فأصابه على أثر ذلك اضطراب عصبى جعله غير صالح للخدمة ، بأنه ، علاوة على ما يستحقه من المكافأة طبقاً لقانون المعاشات بسبب فصله من الخدمة ، يحق له بمقتضى المبدأ المقرر فى المادة ١٤٤ من القانون المدنى (م ١٩٥ جديد) أن يتقاضى تعويضاً نظير الخسارة التى درأها عن مصلحة السكة الحديدية باتقائه حادثاً جسيما للقطار وفى مقابل ما أصاب صحته من الضرر بسبب هذا العمل (٢٠ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ١٠٠ ص ١٣٠ — الحقوق ٥٥ ص ٩٩) .

(٢) [انظر دى باج جـ ٢ بند ١٠٩٣ — مارتى ورينو جـ ٢ بند ٤٣٥] .

(ا) أهلية رب العمل :

٨٩٨ — لا تشترط أية أهلية فى رب العمل . فمن لم يبلغ سن الرشد والمحجور عليه بل وغير المميز ، إذا قام فضولى بعمل لمصلحتهم ، التزموا نحوه بالالتزامات التى تقدم ذكرها . ذلك أن التزامات رب العمل مصدرها الإثراء بلا سبب كما قدمنا ، وقد رأينا أن المثرى يلتزم برد ما أثرى حتى لو كان غير مميز . وتردد الفقرة الثانية من المادة ١٩٦ هذا المعنى إذ تقول : «أما رب العمل فتبقى مسئوليته كاملة ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد»[١] .

ويصح أن يكون رب العمل شخصياً معنوياً ، كشركة أو جمعية أو مؤسسة أو جهة وقف .

ويلاحظ أن الفضولى إذا عقد تصرفاً قانونياً باسم رب العمل نيابة عنه ، فإن الأهلية الواجبة لهذا التصرف يجب أن تتوافر فى رب العمل حتى ينصرف إليه مباشرة أثر التصرف. وقد سبقت الإشارة إلى ذلك[٢] .

(ب) أثر موت رب العمل أو موت الفضولى فى التزامات رب العمل :

٨٩٩ — لم يرد نص يبين أثر موت رب العمل أو موت الفضولى فى التزامات رب العمل ، كما ورد النص الذى يبين هذا الأثر فى التزامات الفضولى (م ١٩٤) . فيجب هنا تطبيق القواعد العامة ، وتطبيقها يؤدى إلى النتائج الآتية :

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أما ما يترتب من الالتزامات فى ذمة رب العمل فلا يقتضى فيه أهلية ما ، فتصح النيابة القانونية من طريق الفضالة ولو كان الأصيل غير مميز . وفى هذه الصورة يلزم الأصيل بأداء ما تحمل الفضولى من نفقات وتعويض ما أصابه من ضرر بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٨٧) . ونلاحظ هنا أيضاً أن العبارة الأخيرة « بمقتضى قواعد الإثراء بلا سبب » يراد بها أن يكون التعويض قائماً على أساس الإثراء بلا سبب ، لا أن التعويض يكون أقل القيمتين .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٧/٢ (مطابق) — الليبى م ١٩٩/٢ (مطابق) — العراق لا مقابل — اللبنانى م ١٦١/٢ (موافق) .

(٢) [انظر بند ٨٦١ وهامشه من هذا الكتاب] .

إذا مات رب العمل فإن التزاماته تبقى فى تركته واجبة للفضولى ، وعلى ورثة رب العمل أن يؤدوا هذه الالتزامات من التركة .

وإذا مات الفضولى ، بقى رب العمل ملتزماً نحو ورثته ، فيرد إليهم المصروفات الضرورية والنافعة وأجر الفضولى إذا استحق أجراً ، ويعوضهم عن الالتزامات الشخصية التى عقدها الفضولى باسمه وعما لحق به من الضرر . وكل هـذه الحقوق تدخل فى تركة الفضولى وتنتقل إلى ورثته بعد موته .

(حـ) تقادم التزامات رب العمل :

٩٠٠ — سبقت الإشارة إلى المادة ١٩٧ ، وهى تنص على سقوط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الفضولى بحقه ، وبانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه حق الفضولى .

فالدعوى التى يرفعها الفضولى لمطالبة رب العمل بحقوقه ، من استرداد المصروفات والتعويض والأجر وما إلى ذلك ، تتقادم بأقصر مدتين : ثلاث سنوات من وقت علمه بقيام حقه أو خمس عشرة سنة من وقت قيام هذا الحق . وقد تتقادم الدعوى بخمس عشرة سنة قبل تقادمها بثلاث سنوات إذا لم يعلم الفضولى بقيام حقه إلا بعد نشوء هذا الحق بأكثر من اثنتى عشرة سنة . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك فى مواطن متعددة .

أما فى الوكالة فلا تتقادم التزامات كل من الموكل والوكيل إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نفاذ هذه الالتزامات ، لأنها التزامات تعاقدية تقوم على إرادة المتعاقدين[1] .

---

(١) وقد كنا نعقد المقارنة فى مناسبات متفرقة بين الفضالة والوكالة ، وإذا فرغنا من الكلام فى الفضالة نلخص هذه المقارنة فيما يأتى :

تقترب الفضالة من الوكالة فى أن كلا منهما مصدر للنيابة ، وفى أن الفضالة قد تنقلب إلى وكالة إذا أجيزت والوكالة تنتهى إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو بقى يعمل بعد انتهاء الوكالة . ويختلفان فى أن مصدر الفضالة عمل مادى ومصدر الوكالة الاتفاق ، ومن ثم فالفضالة مصدر لنيابة قانونية ، أما الوكالة فمصدر =

= لنيابة اتفاقية ، ويختلفان كذلك فى أن عمل الفضولى قد يكون تصرفاً قانونيا ، وقد يكون عملا مادياً . أما عمل الوكيل فلا يكون إلا تصرفاً قانونياً .

هذا من حيث الأركان . أما من حيث الالتزامات التى تنشأ من الفضالة والوكالة فتقوم الفروق بينهما فيها على اعتبار جوهرى : هو أن رب العمل لم يختر الفضولى ولم يعهد إليه فى أن يقوم بعمل ما ، أما الموكل فقد اختار وكيله وعهد إليه فى أن يقوم بعمل وكله فيه . لذلك كانت التزامات الفضولى أشد قليلا من التزامات الوكيل ، وكانت التزامات رب العمل أخف قليلا من التزامات الموكل ، وإن كانت كل هذه الالتزامات فى مجموعها متقاربة . ويظهر ذلك من التفصيل الآتى :

١ — يلتزم الفضولى بالمضى فى العمل الذى بدأه . أما الوكيل فله بوجه عام حق الرجوع فى الوكالة .

٢ — يلتزم الفضولى بإخطار رب العمل متى تمكن من ذلك . وهذا الالتزام غير متصور فى حالة الوكيل .

٣ — يلتزم الفضولى ببذل عناية الرجل المعتاد ، سواء أخذ أجراً أو لم يأخذ . أما الوكيل فيلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد إذا أخذ أجراً ، فإذا لم يأخذ أجراً فلا يلتزم إلا ببذل العناية التى يبذلها فى أعماله الخاصة دون أن يكلف فى ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد (م ٧٠٤) .

٤ — لا يعتبر الفضولى تابعاً لرب العمل . أما الوكيل فقد يعتبر تابعاً للموكل ، فيكون هذا مسئولا عنه مسئولية المتبوع عن التابع .

٥ — يرجع رب العمل مباشرة على نائب الفضولى ، ولا يرجع نائب الفضولى مباشرة على رب العمل. أما الموكل ونائب الوكيل فيرجع كل منهما مباشرة على الآخر .

٦ — إذا تعدد الفضوليون قام بينهم التضامن ، ولا يقوم التضامن بين أرباب العمل إذا تعددوا . أما فى الوكالة فيقوم التضامن إذا تعدد الوكلاء أو تعدد الموكلون (م ٧٠٧ و م ٧١٢) .

٧ — يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به . وعليه ، كما على الوكيل ، فوائد المبالغ التى استخدمها لصالحه من وقت استخدامها وفوائد ما تبقى فى ذمته من وقت أن يعذر .

٨ — ينصرف أثر العقد الذى أبرمه الفضولى أو الوكيل ، باسم رب العمل أو الموكل ، مباشرة إلى هذين .

٩ — تتفق الفضالة والوكالة أيضاً فى أن الفضولى أو الوكيل يسترد ما تكلفه من التزامات ومصروفات، ويعوض عما أصابه من ضرر ، ويتقاضى فوائد ما أنفق من وقت الإنفاق . ولكن قد يكون حق الفضولى فى استرداد المصروفات النافعة التى سوغتها الظروف أضيق قليلا من حق الوكيل فى استرداد ما أنفقه فى تنفيذ الوكالة التنفيذ المعتاد — كذلك فى الأجر يأخذ الوكيل أجراً إذا اتفق على ذلك مع الموكل أو إذا دخلت =

= الوكالة فى أعمال حرفته ، أما الفضولى فلا يأخذ أجراً إلا إذا دخلت الفضالة فى أعمال حرفته ولا يتصور فى حالته الاتفاق على الأجر .

١٠ — أهلية الفضولى تتراوح بين التمييز والأهلية الكاملة على تفصيل يختلف فيه عن الوكيل . ورب العمل يختلف عن الموكل فى الأهلية ، إذ لا تشترط فيه أهلية ما ويشترط فى الموكل أهلية التصرف الذى وكل فيه .

١١ — موت الفضولى يقضى الفضالة ، ولا يقضيها موت رب العمل ، أما الوكالة فتنقضى بموت كل من الوكيل والموكل .

١٢ — قد تنقضى الالتزامات الناشئة عن الفضالة بأقل من خمس عشرة سنة . أما الالتزامات الناشئة عن الوكالة فلا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة .

الباب الرابع

القانون

LA LOI

تمهيد

٩٠١ — النصوص القانونية : تنص المادة ١٩٨ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها »(١).

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى نظرته العامة فى هـذا الصدد ما يأتى : « أوجز المشروع إيجازاً بيناً فيما يتعلق بالالتزامات التى تصدر عن نص القانون مباشرة . وقد حداه على ذلك ما هو ملحوظ فى ترتيب هذه الالتزامات وتنظيمها . فكل التزام منها يتكفل ذات النص المنشىء له بتعيين مضمونه وتحديد مداه . فرجعها جميعاً

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها . ٢ — ولا يشترط أية أهلية فى هذه الالتزامات ، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . وفى لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لعدم الحاجة إليها ، وأصبح النص رقمه المادة ٢٠٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ رؤى مبدئياً أن الحكم الذى تضمنه النص لا لزوم له فهو تحصيل حاصل ، ولكن اللجنة لم تقطع فى ذلك برأى بات . وفى جلسة أخرى وافقت اللجنة على النص كما هو ، وأصبح رقمه ١٩٨ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما أقرته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ — ص ٤٩٣) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « كل التزام أياً كان مصدره المباشر يرجع إلى القانون ، باعتباره المصدر الأخير للالتزامات والحقوق جميعاً . فمن الالتزامات ما يكون مصدره المباشر تصرفاً قانونياً أو عملا غير مشروع أو إثراء بلا سبب ، ويرد فى مصدره الأخير إلى القانون . ومنها ، على نقيض ذلك ، ما يكون القانون مصدره المباشر والأخير فى آن واحد . ويراعى أن القانون يعتبر فى هذه الصورة مصدراً وحيداً يتكفل بإنشاء الالتزام رأساً ، ويتولى تعيين مداه وتحديد مضمونه . وقد ساق التقنين اللبنانى فى معرض التمثيل للالتزامات التى تصدر عن نص القانون التزامات الجوار والالتزام بالإنفاق على بعض الأصهار . وقد تقدم أن التزامات الفضولى ، فيما يتعلق بالمضى فى العمل والعناية المطلوبة وتقديم الحساب ، كلها ينشئها القانون رأساً ، وينفرد بذلك دون سائر مصادر الالتزام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢) .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٩٩ (مطابق) — الليبى م ٢٠١ (مطابق) — العراق م ٢٤٥ (مطابق) — اللبنانى م ١٢٠ (موافق) .

أحكام التشريعات الخاصة بها »[١] .

٩٠٢ — كيف يكون القانون مصدراً مباشراً للالتزام : كل التزام مصدره القانون. فالالتزام المترتب على العقد ، والالتزام المترتب على العمل غير المشروع ، والالتزام المترتب على الإثراء بلا سبب ، كل هذه التزامات مصدرها القانون ، لأن القانون هو الذى جعلها تنشأ من مصدرها ، وحدد أركانها ، وبين أحكامها . ولكن هذه الالتزامات لها مصدر مباشر ، هو الذى رتب عليه القانون إنشاءها . فقد جعل القانون الالتزام ينشأ من مصادر مباشرة ، ثلاثة : (١) تطابق إرادتين : فكل اتفاق بين المدين والدائن على إنشاء التزام ، فى الحدود التى بينها القانون ، ينشىء هذا الالتزام . ويكون مصدره المباشر هو العقد ، والقانون مصدره غير المباشر . (٢) عمل غير مشروع يلحق ضرراً بالغير : فكل خطأ يصدر من شخص ، ويلحق ضرراً بشخص آخر ، يلزم من ارتكب الخطأ بتعويض الضرر . ويكون المصدر المباشر للالتزام بالتعويض هو العمل غير المشروع ، والقانون مصدره غير المباشر . (٣) إثراء دون سبب : فكل إثراء أصابه شخص نتيجة مباشرة لافتقار شخص آخر ، ولم يكن للاثراء مصدر قانونى يستند إليه ، يلزم المثرى بتعويض المفتقر . والمصدر المباشر للالتزام بالتعويض هنا هو الإثراء دون سبب ، والقانون مصدره غير المباشر .

ويلاحظ فى هذه المصادر المباشرة للالتزام — العقد والعمل غير المشروع والإثراء دون سبب — أن القانون اختار عملا قانونياً ، هو العقد ، وعملين ماديين ، هما العمل غير المشروع والإثراء دون سبب ، وجعل هذه الأعمال الثلاثة مصادر عامة للالتزام . فمتى قام عمل منها نشأ الالتزام ، دون تمييز بين حالة وحالة . فالعقد مصدر عام للالتزام ، سواء كان العقد بيعاً أو هبة أو قرضاً أو إيجاراً أو عارية أو وكالة أو غير ذلك من العقود المسماة ، وسواء كان العقد مسمى أو غير مسمى ، وأياً كان الالتزام الذى ينشأ من عقد معين . ولم يختص القانون حالة دون حالة فى جعله مصدراً للالتزام . والعمل غير المشروع مصدر عام للالتزام،

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ .

يستوى فى ذلك أن يكون هذا العمل حادثاً من حوادث النقل ، أو حادثاً من حوادث العمل ، أو خطأ فى أعمال المهنة ، أو عملا يخل بالشرف والاعتبار ، أو منافسة غير مشروعة ، أو تعسفاً فى استعمال الحق ، أو غير ذلك من الأعمال غير المشروعة. ولم يجعل القانون العمل غير المشروع مصدراً للالتزام فى حالات دون أخرى، بل جعله مصدراً عاماً يتناول جميع هذه الحالات (١) . والإثراء دون سبب مصدر عام للالتزام ، لا فرق فى ذلك بين إثراء إيجابى وإثراء سلبى ، ولا بين افتقار إيجابى وافتقار سلبى ، ولا بين قيمة مادية وقيمة معنوية ، ولا تمييز بين القاعدة العامة وتطبيقاتها الخاصة من دفع غير المستحق وعمل الفضولى . ولم يقصر القانون الإثراء دون سبب كمصدر للالتزام على حالة من هذه الحالات دون حالة ، بل عممه عليها جميعاً ، وجعله فيها كلها مصدراً للالتزام .

وإلى جانب هذه المصادر المباشرة يختار القانون حالات خاصة ، ويرتب فى كل حالة منها التزاماً ، يستند حقاً إلى عمل قانونى أو إلى عمل مادى ، ولكن يستند إليه لا كمصدر عام ينشىء الالتزام فى هذه الحالة وفى غيرها من الحالات — كما فعل فى المصادر المباشرة — بل كواقعة تنشىء الالتزام فى هذه الحالة وحدها دون غيرها . وهنا إذا قيل إن العمل القانونى أو العمل المادى هو مصدر الالتزام فى هذه الحالة الخاصة كان هناك شىء من التجوز ، فالواقع أن القانون ذاته هو المصدر المباشر لهذا الالتزام ، إذ أنشأه ، لا عن طريق نص عام بل بنص خاص عين هذه الحالة بالذات ، وحدد نطاقها ، ورسم مداها ، ورتب عليها حكمها . بالنص القانونى — لا العمل القانونى ولا العمل المادى — هو المصدر المباشر للالتزام (٢) .

---

(١) [راجع حكم محكمة النقض الذى قضى بأن مسئولية الإدارة عن القرارات الإدارية المخالفة للقانون لا تنسب إلى العمل غير المشروع وإنما تنسب إلى المصدر الخامس من مصادر الالتزام وهو القانون باعتبار هذه القرارات تصرفات قانونية وليست أعمال مادية ، ومن ثم فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض لا تسقط إلا بالتقادم العادى : نقض مدنى فى ١١ من إبريل سنة ١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ ص ٥٢٠ رقم ٧٤] .

(٢) ففى الالتزامات ذات المصادر المباشرة يكون المصدر المباشر هو المصدر الأول للالتزام ، ثم يأتى =

فعل القانون ذلك فى بعض الوقائع المادية وفى بعض الأعمال القانونية ، فعين حالات خاصة ، بعضها يستند إلى واقعة مادية وبعضها يستند إلى عمل قانونى ، وأنشأ فى هـذه الحالات التزامات قانونية هو مصدرها المباشر . أما الحالات الخاصة التى تستند إلى واقعة مادية ، فمنها التزامات الأسرة والتزامات الجوار والتزامات الفضولى والتزام حائز الشيء بعرضه إذا كان محلا للنزاع[١] . وأما الحالات الخاصة التى تستند إلى عمل قانونى . فهذه كلها تستند إلى الإرادة المنفردة (volonté unilatérale) ، كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة[٢] .

ويستخلص من ذلك أمران : (أولا) أن القانون هو مصدر مباشر لبعض الالتزامات . ومن ثم لا سبيل إلى تحديد هذه الالتزامات القانونية إلا بالنص . فالنص القانونى وحده هو الذى ينشيء هذه الالتزامات ، وهو مصدرها الوحيد . (ثانياً) والنص وحده هو أيضاً الذى يتكفل بتعيين أركان الالتزام القانونى وببيان أحكامه .

ونبحث كلا من هاتين المسألتين .

= القانون بعد ذلك مصدراً غير مباشر . أما فى الالتزامات القانونية ، فالقانون هو المصدر الأول والأخير ، والنص القانونى هو الذى ينشيء الالتزام مباشرة دون أن يستند فى إنشائه إلى واقعة أخرى كمصدر مباشر .

ونرى من ذلك أن القانون يستبقى وصايته على بعض الوقائع التى تكون مصدراً للالتزام . فيمسك بزمامها ، ولا يرتب الالتزام على ما يختاره منها إلا بالنص . وهو فى الوقت ذاته يحرر بعض الوقائع من هذه الوصاية ، فيجعلها مصادر عامة للالتزام ، وهذه هى العقد والعمل غير المشروع والإثراء دون سبب .

(١) انظر المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ، وقد حذفتها لجنة المراجعة ، وسنعود إليها فيما يلى . هذا ويلاحظ أن التزامات رب العمل ، بخلاف التزامات الفضولى ، لها مصدر عام هو الإثراء بلا سبب .

(٢) وسنرى فيما يلى أن الالتزامات التى تنشأ عن الإرادة المنفردة فى التقنين المدنى الجديد هى التزامات أنشأتها نصوص خاصة ، فهى التزامات قانونية . ولم ترق الإرادة المنفردة فى التقنين الجديد إلى أن تكون مصدراً عاماً للالتزام ، بالرغم من إفراد فصل خاص لها .

المبحث الأول

النص هو الذى ينشىء الالتزام القانونى

٩٠٣ — هل هناك سياسة تشريعية توخاها القانون فى إنشاء الالتزامات القانونية: رأينا أن المصدر المباشر للالتزامات القانونية هو القانون ذاته ، فلا توجد وسيلة إلى معرفة الالتزامات القانونية وتحديدها إلا الرجوع إلى النصوص القانونية . فأينما نجد نصاً ينشىء التزاماً ، فثم التزام قانونى .

وقد يبدو أن الالتزامات القانونية ، وقد وكل أمر إنشائها إلى النصوص ، تخلقها هذه النصوص تحكماً ، دون أن تكون هناك فى إنشائها سياسة مرسومة . فحيث يستحسن المشرع إنشاء التزام قانونى ، أنشأ هذا الالتزام بنص تشريعى .

وهذا هو الظاهر . ولكن الواقع من الأمر أن المشرع يخضع فى إنشاء الالتزامات القانونية ، كما يخضع فى إنشاء سائر العلاقات القانونية ، إلى سنن طبيعية يطيعها عن شعور أو عن غير شعور .

ونبين كيف يخضع المشرع لهذه السنن الطبيعية فى إنشاء الالتزامات القانونية .

المطلب الأول

الالتزامات القانونية التى تستند إلى الوقائع المادية

٩٠٤ — الالتزامات السلبية: بديهى أن الإنسان يلتزم بإرادته فى الحدود التى يسمح بها القانون . فالالتزام الإرادى لاعناء فى تبريره . وحيث يوجد التزام لايقوم على الإرادة ، فالقانون هو الذى أوجده .

والقانون فى إنشائه للالتزامات غير الإرادية يدخل فى حسابه اعتبارات أدبية واجتماعية.

ولـكنه لا يستطيع أن ينقاد لهذه الاعتبارات وحدها ، بل يجب عليه أن يراعى اعتبارات أخرى فى الصياغة القانونية ، أهمها أنه لا يستطيع أن يصوغ التزاماً مبهماً غير محدد ، أياً كانت المبررات الأدبية والاجتماعية لإنشائه . فهو لا يستطيع مثلا أن ينشىء التزاماً إيجابياً يفرض على كل شخص أن يساعد غيره أو أن يغيثه عند الحاجة . مثل هذا الالتزام المحدد مقضى عليه أن يبقى فى دائرة الآداب والاجتماع . ويتناول القانون فى رفق بعض نواحيه ، فيبرز منها ما يتمكن من تحديده ، ويصوغه التزامات قانونية ، فينتقل بذلك من عالم الأخـلاق والاجتماع إلى عالم القانون .

وأول ما استطاع القانون أن يفعل ذلك كان فى الالتزامات السلبيـة ، لأنها أسهل تحديداً وأخف عبئاً وأظهر حاجة . فأوجد التزامين قانونيين أخذ بهما الناس كافة . قال فى الأول منهما : لا تضر بالغير دون حق ، فوجد العمل غير المشروع مصدراً عاماً للالتزام . وقال فى الثانى : لا تثر على حساب الغير دون سبب ، فوجد الإثراء دون سبب مصدراً عاماً آخر .

وهنا وقف القانون ، ولم يستطع أن يخطو خطوة ثالثة ليضع قاعدة عامة كالقاعدتين الأولين . ذلك أنه كان يقرر فى هاتين القاعدتين التزامات سلبية . فإذا هو خرج من المنطقة السلبية إلى المنطقة الايجابية ، ومن النهى عن الإضرار والإثراء إلى الأمر بالمعاونة والمساعدة ، فثم العسر والتحكم ، إذ تختلط الحدود ، وتنبهم الضوابط .

٩٠٥ — الالتزامات الإيجابية : على أن القانون لم يسعه أن يقف عند هذه الحدود السلبية ، بل تقدم إلى المنطقة الإيجابية ولـكن فى كثير من الأناة . وإذا كان قد استطاع كما قدمنا أن يقول فى عبارة عامة : لا تضر بالغير ، ولا تثر على حساب الغير ، فإنه لم يستطع أن يقول : ساعد الغير فى عبارة لها ذات العموم والشمول . قال : ساعد الغير ، ولـكن فى مواطن معينة رسم حدودها وأحكم ضوابطها .

فبدأ بمن ساعد الغير فعلا من تلقاء نفسه — الفضولى — وقال له عليك أن تمضى فى عملك مادمت قد بدأته ، وعليك أن تبذل فيه عناية محمودة ، وعليك أن تقدم عنه حساباً . هذه هى الالتزامات القانونية التى ترتبها النصوص فى ذمة الفضولى ، ومصدرها القانون كما سبق أن قررنا .

ثم سار خطوة أوسع ، وأوجب مساعدة الغير ابتداء . ولكنه لم يستطع أن يرسم فى ذلك التزامات محددة إلا فى نطاق محدود . نطاق الأسرة وأفرادها يتصل بعضهم ببعض أوثق الاتصال ، ونطاق الجيران والصلة فيما بينهم قائمة موطدة ، ونطاق أصحاب المهنة ، ونطاق الجمعيات والنقابات ، بل نظر فى حالات نادرة إلى الأمة كجماعة واحدة وأوجب على أفرادها التزامات قانونية نحو المجموع أو نحو الدولة .

أما فى نطاق الأسرة ، فقد أنشأ التزامات قانونية مختلفة . من ذلك التزامات الزوجية ، والالتزامات ما بين الأبوين والأبناء ، والالتزامات المتعلقة بالولاية والوصاية والقوامة ، والالتزامات بالنفقة ، وغير ذلك من التزامات الأسرة ، وكلها تقوم على تضامن الواجب فيما بين أفرادها .

وأما فى نطاق الجوار ، فهناك التزامات سلبية ، كوجوب الامتناع عن إحداث مضار فاحشة للجيران ، وعدم الإطلال على الجار من مسافة معينة . وهناك التزامات إيجابية ، كالتزام الجار نحو جاره فى الشرب والمجرى والمسيل والمرور وكالالتزامات التى تنشأ بسبب الحائط المشترك والحائط الذى يستتر به الجار ، وكالالتزامات التى تنشأ بسبب ملكية الطبقات فى المبنى الواحد .

وفى نطاق المهنة ، أوجد القانون فى ذمة رب العمل التزامات نحو عماله فى تعويضهم عن مخاطر العمل ، وأوجد فى ذمة أصحاب المهنة الواحدة التزامات نحو عملائهم فيحتفظون بأسرار المهنة ويبادرون إلى إسعاف من يحتاج إلى معونتهم ، وينخرطون فى سلك هيئة واحدة .

وفى نطاق الجمعيات والنقابات ، أنشأ التزامات مختلفة فى ذمة أعضاء هذه الجمعيات والنقابات تقوم على التعاون فيما بينهم .

ونظر القانون إلى الأمة كجماعة واحدة ، فأنشأ التزامات فى ذمة أفرادها نحو الدولة ، أهمها الالتزام بدفع الضرائب .

والقانون فى كل ما قدمناه يتوخى سياسة واحدة . لاينشىء التزاماً قانونياً إلا وهو يقوم على التضامن الاجتماعى ، ثم يكون هذا الالتزام محدد المعالم ، معروف المدى ، منضبط الحدود . وقد ترك التعميم إلى التخصيص مذ جاوز النطاق السلبى إلى النطاق الإيجابى ، فانتقل من الالتزامات العامة التى يكون مصدرها المباشر واقعة مادية ، إلى التزامات قانونية محددة تقوم مباشرة على نصوص قانونية خاصة .

المطلب الثانى

الالتزامات القانونية التى تستند إلى الارادة المنفردة(*)

٩٠٦ — هل تستطيع الارادة المنفردة أن تنشىء التزاما(١) : رأينا فيما تقدم أن

(*) بعض المراجع فى الإرادة المنفردة : ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٨ وما بعدها — سالى الالتزامات فقرة ١٣٨ — فقرة ١٤٤ — ورمز (Worms) رسالة من باريس سنة ١٨٩١ — جيهير (Gulhaire) رسالة من رن سنة ١٩٠١ — إلياس (Elias) رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ — تالانديه (Tallandier) رسالة من تولوز سنة ١٩١٢ — كولدبرج (Coldberg) رسالة من نانسى سنة ١٩١٣ — مارسكو (Maresco) رسالة من باريس سنة ١٩١٥ — [وأيضاً : مارتان دى لاموت رسالة من تولوز سنة ١٩٥١ — أحمد سلامة رسالة من باريس سنة ١٩٥٧ منشورة بمجلة العلوم القانونية السنة ٥ القسم الفرنسى ص ٥١ — ويج فى دور الإرادة فى التصرف القانونى رسالة من ستراسبورج سنة ١٩٦١] — تارد (Tarde) فى تطورات القانون ص ١١٩ وما بعدها — ديجيه (Duguit) فى تطورات القانون الخاص [وانظر أيضاً مارتى ورينو جـ ٢ ص ٢٧٥ بند ٣١٥ وما بعده — دى باج جـ ٣ بند ٥١ ص ٦٥] — نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨٠ — فقرة ١٩٦ — حلمى بهجت بدوى فقرة ٧٥ — فقرة ٧٨ — أحشمت أبو ستيت فقرة ٤٠٤ — فقرة ٤١٤ — عبد الحى حجازى فى مصادر الالتزام — محمد كامل مرسى فى المصادر غير العقدية — أنور سلطان فى مصادر الالتزام — عبد المنعم فرج الصدة فى مصادر الالتزام .

(١) ننقل ما يلى عن نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨٠ — فقرة ١٨٥ .

العقد ، وهو تطابق إرادتين ، يعتبر مصدراً عاماً للالتزام ، فما هى قيمة الإرادة المنفردة ، وهل تستطيع أن تنشىء التزاماً ؟ وإذا كانت تنشىء الالتزام ، فهل هى كالعقد مصدر عام للالتزام ، أو أن القانون يقتصر على الاستناد إليها لإنشاء التزامات قانونية محددة بمقتضى نصوص قانونية خاصة ؟

لا شك فى أن الإرادة المنفردة ، وهى عمل قانونى صادر من جانب واحد (acte juridique unilatéral) ، تنتج آثاراً قانونية مختلفة . فقد تكون سبباً لكسب الحقوق العينية كالوصية ، وسبباً لسقوطها كالنزول عن حق ارتفاق أوحق رهن ، وقد تثبت حقاً شخصياً ناشئاً عن عقد قابل للابطال كالإجازة وقد تجعل عقداً يسرى على الغير كالإقرار ، وقد تنهى رابطة عقدية كعزل الوكيل أو نزوله عن الوكالة . أما بالنسبة إلى إنشاء الحق الشخصى (الالتزام) أو إسقاطه ، فالإرادة المنفردة فى التقنين المدنى الجديد تسقط الحق الشخصى بالإبراء (م ٣٧١) ، وبقى أن نعرف هل هى أيضاً تنشىء الحق الشخصى ؟ وقبل أن نعالج هذه المسألة فى التقنين المدنى الجديد ، نستعرض فيها نظريتين متعارضتين .

فالنظرية الفرنسية تذهب إلى أن الالتزام الذى يتولد عن عمل قانونى لا يكون مصدره إلا عقداً أى توافق إرادتين ، أما الإرادة المنفردة فلا تولد التزاماً . وهذه قاعدة ورثها القانون الفرنسى من تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، وأصبحت من القواعد المتفق عليها فقهاً وقضاء فى فرنسا[1] وفى مصر فى عهد القانون القديم[2] . ولكن نظرية ألمانية ذهبت إلى أن الإرادة المنفردة تنشىء التزاماً . وعلى رأس القائلين بهذه

---

(١) بودرى وبارد ١ فقرة ٣٨ ص ٣٦ — ص ٣٧ — أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٤٢ — لوران ١٥ فقرة ٤٦٥ — ديمولومب ٢٤ فقرة ٤٥ — بيدان فى الالتزامات فقرة ٥٨ . محكمة النقض الفرنسية فى ٢٩ أبريل سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٨ — ١ — ٤٠٤ .

(٢) والتون ١ ص ١٧ — نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٨١ — محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٠١ — وفى ٩ يونية سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢ — وفى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٣٢ .

النظرية من الفقهاء الألمان سيجل (Siegel) . فقد ذهب إلى أن تقاليد القانون الجرمانى تساعد على الاعتراف بتوليد الإرادة المنفردة للالتزام ، فمن يتعاقد إنما يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إراده المتعاقد الآخر ، ورتب على ذلك أن الإيجاب وحده ملزم ، فلا يستطيع من صدر منه الإيجاب أن يعدل عنه . وقد انتصر لهذه النظرية غير سيجل من الفقهاء الألمان كثيرون[1] ، وساير الفقهاء الألمان بعض الفقهاء الفرنسيين[2] .

ويستند أنصار النظرية الألمانية إلى الحجج الآتية : (١) القول بضرورة توافق إرادتين لإنشاء التزام يسد الباب دون ضروب من التعامل يجب أن يتسع لها صدر القانون . فلا يمكن بغير الإرادة المنفردة أن نفسر كيف يستطيع شخص أن يلزم نفسه بعرض يقدمه للجمهور ، أى لغير شخص معين . وقد يكون الدائن غير موجود فى الحال ولكنه سيوجد فى المستقبل ، أو يكون موجوداً ولكن حال بينه وبين القبول حائل بأن

---

(١) أنظر جاكوبى (Jacobi) وكونتس (Kuntze) وكپن (Koppen) ومانزمان (Mannesmann) وهولتسندورف (Holzendorff) فى المراجع المشار إليها فى نظرية العقد للمؤلف ص ١٨٦ هامش رقم ١

(٢) أنظر تارد (Tarde) فى تطورات القانون ص ١٢٠ — ديموج فى الالتزامات ١ فقرة ١٨ ص ٥٥ و ٢ فقرة ٥٥٣ ص ١٣٦ - كولان وكابيتان ٢ ص ٢٧١ — ص ٢٧٢ — ورمز فى رسالته الإرادة المنفردة باريس سنة ١٨٩١ .

والأستاذ ورمز هو من أسبق الفقهاء الفرنسيين إلى نشر نظرية الإرادة المنفردة فى فرنسا ، إلى جانب الأستاذ سالى الذى تولى نشر النظريات الألمانية فى كتابيه المعروفين، الالتزامات فى القانون الألمانى والإعلان عن الإرادة . وقد تشيع الأستاذ ورمز لنظرية الإرادة المنفردة أكبر تشيع ، وهو يرى أن التطور التاريخى للارادة ، باعتبارها منشئة للالتزام ، يدل على أنها تخلصت تدريجاً من الأوضاع التى كانت تحوط بها ، وآن لها أن تتخلص من ذلك جملة واحدة ، فلا تبقى على اشتراط توافق إرادتين لإنشاء الالتزام ، لأن ضرورة اتحاد إرادتين نوع من الشكلية لا يزال باقياً ، فإذا قضينا عليه أصبحت الإرادة المنفردة كافية لإنشاء الالتزام . والدليل على أن الإرادة الواحدة هى التى تولد الالتزام أن من صدر منه الإيجاب إذا عدل عن إيجابه ولم يصل ذلك إلى علم الطرف الآخر قبل أن يقبل ، فإن العقد يتم رغماً من عدول الموجب وعدم توافق الإرادتين ، ولا يمكن تفسير ذلك إلا بأن الإيجاب ، وهو إرادة منفردة ، ملزم بذاته (رسالة الأستاذ ورمز ص ١٦٥ و ص ١٧٩) . ويقول أيضاً إنه متى سلمنا بأن الإرادة المنفردة تكون مصدراً للالتزام ، فلا معنى لعدم الأخذ بهذا المذهب فى العقد ذاته ، لأنه إذا كانت الإرادة وحدها تولد التزاماً ، فلماذا لا تستطيع أن يكون هى وحدها مصدر الالتزام إذا اقترنت بإرادة أخرى ، فهل يمكن أن تكون الإرادة المقترنة بإرادة أخرى أضعف من الإرادة المنفردة ! (أنظر رسالة الأستاذ ورمز ص ٩٣) .

مات قبل صدور القبول منه أو فقد أهليته ، ففى كل هذه الفروض ، وهى فروض تقع كثيراً فى العمل ، لايمكن القول بوجود الالتزام فى ذمة المدين إذا حتمنا توافق الإرادتين، فالقول بجواز إنشاء الإرادة المنفردة للالتزام يرفع هذا الحرج . (٢) من الصعب أن تتوافق إرادتان توافقاً تاماً ، ولا يمكن التثبت من توافقهما إلا إذا تعاصرتا فى لحظة واحدة ، وهذا مستحيل فى التعاقد بالمراسلة . بل هو أيضاً مستحيل حتى إذا وجد المتعاقدان فى مجلس واحد ، فإن أحد المتعاقدين لابد أن يسبق الآخر فى إظهار إرادته وهذا هو الإيجاب ، ثم يتلوه الآخر فيظهر القبول ، فالإيجاب والقبول يتعاقبان ، فإذا أردنا التأكد من أنهما يتعاصران فيتوافقان ، فلا بد من أن نفرض أن من صدر منه الإيجاب قد ثبت على إيجابه حتى اقترن بالإيجاب القبول ، وهذا محض فرض نأخذ به كما نأخذ بإرادة مفروضة نزعم أنها هى الإرادة الباطنة . والأولى أن نتجنب هذه الفروض وأن نواجه الحقيقة كما هى ، فالملتزم بالعقد إنما يلتزم بإرادته هو لا بتوافق إرادته مع إرادة الدائن ، فهو يوجد حقاً فى ذمته لشخص آخر بمجرد إعلان إرادته ، ورضاء الآخر بهذا الحق هو مجرد انضمام (abhesion) تطلبناه حتى لا يكسب الدائن حقاً دون إرادته . وقد لاتتوافق الإرادتان ومع ذلك يوجد العقد ، كما إذا عدل الموجب عن إيجابه وكان الطرف الآخر قد صدر منه القبول قبل أن يعلم بعدول الطرف الأول . (٣) ثم إنه ليس فى المنطق القانونى ما يمنع من أن يلتزم الشخص بإرادته ، فالإنسان حر فى أن يقيد نفسه فى الدائرة التى يسمح بها القانون ، بل إن سلطان الإرادة هنا أشد نفاذاً منه فى نظرية توافق الإرادتين ، إذ الإرادة المنفردة تصبح قادرة وحدها على إيجاد الالتزام ، وهذا أقصى مايصل إليه سلطانها . أما القول بوجوب توافق الإرادتين فبقية من بقايا الأشكال الغابرة التى كانت تحد من سلطان الإرادة ، فقديماً كانت الإرادة لاتوجد أثراً قانونياً إلا إذا اقترنت بأشكال معقدة ثم اندثرت هذه الأشكال حتى لم يبق منها اليوم إلا النادر ، وأصبحت الإرادة هى التى توجد الأثر القانونى الذى تتجه إليه ، فالواجب أن نصل فى هذا التطور إلى غايته المنطقية ، وأن نقول بأن للارادة السلطان حتى لو لم تقترن بها إرادة أخرى . على أننا نتطلب رضاء

الدائن حتى لا يكسب حقاً بالرغم منه ، ولـكن هذا الرضاء لا يوجد الالتزام ، بل إن الالتزام ينشأ بمجرد صدور إرادة المدين .

ويعترض أنصار النظرية الفرنسية على النظرية الألمانية بما يأتى : (١) أن نظرية الإرادة المنفردة غير قائمة على أساس صحيح ، لأنه إذا أمـكن فهم أن المدين يلتزم بإرادته المنفردة ، فلا يمـكن أن يفهم كيف أن الدائن يصبح دائناً دون إرادته . وإذا قيل إن المدين يلتزم لغير دائن ، فما معنى هذا الالتزام وما قيمته ؟ وإذا قيل إنه لابد من إرادة الدائن حتى يصبح دائناً ، فهذا هو توافق الإرادتين ومنه ينشأ العقد . (٢) يقضى المنطق ذاته بعدم التسليم بنظرية الإرادة المنفردة . فإنه إذا قيل إن للارادة المنفردة هذا السلطان ، وإن فى مكنتها أن تولد التزاماً ، وجب القول أيضاً إنها تستطيع أن تقضى هذا الالتزام ، وما تستطيع الإرادة وحدها أن تعقده تستطيع وحدها أن تحله . وبهذا يصبح التزام من التزم بإرادته المنفردة معلقـاً على محض إرادته ، فيـكون التزاماً منحلا . (٣) على أن نظرية الإرادة المنفردة مبنية على فروض غير صحيحة . فهى تفترض دائماً أن أحد المتعاقدين وزن الأمر قبل التعاقد ، وبت فيه بقرار نهائى ، وأعلن طفرة عن إرادته ، ولم يكن أمام الطرف الآخر إلا أن يقبل أو يرفض . مع أن الأمر غير ذلك . فالذى يقع فى العمل عادة أن المتعاقدين يتفاوضان ، وما يزالان فى أخذ ورد لا يستقل أحدهما بالأمر دون الآخر ، وكل إرادة تؤثر فى الأخرى وتعدل من اتجاهها ، حتى تتوافق الإرادتان ، وعند ذلك يتم العقد . ومن هذا نرى أن إرادة الطرف الآخر ليست مجرد إقرار لإرادة الطرف الأول ، بل كثيراً ما تؤثر فيها ويتفاعلان حتى ينتج من تفاعلهما إرادة متحدة هى العقد ، فكلتا الإرادتين اشتركت فى تـكوين الالتزام ، ولم تستقل إحداهما بذلك كما يزعم أنصار نظرية الإرادة المنفردة .

والآن بعـد أن استعرضنا حجج الفريقين ، نقف قليلا لتقـدير مبلغ ما فى نظرية الإرادة المنفردة من صحة . ونبدأ بملاحظة أن الاعتراضات التى يتقدم بها خصوم النظرية لا تصل من الخطر إلى حد أن تدك قواعدها . أما أن الدين لا يوجد دون دائن ، فقـد

قدمنا أن النظرية المادية تنظر إلى الالتزام كقيمة مالية أكثر منه رابطة شخصية ، ويترتب على هذا النظر أنه يمكن تصور دين دون دائن مادام المدين موجوداً وقت نشوء الدين ومادام الدائن يوجد وقت تنفيذ الدين ولو لم يوجد قبل ذلك . أما القول بأنه إذا صح للارادة المنفردة أن تنشيء التزاماً صح لها أيضاً أن تقضيه ، فهذا خلط بين أثر الإرادة فى العالم النفسى وأثرها فى الروابط الاجتماعية . فإن الإردة إذا أعلنت وعلم بها الغير فاطمأن إليها ، ولدت ثقة مشروعة يستطيع الناس الاعتماد عليها ، فوجب احترام هذه الحالة التى أوجدتها الإرادة ، ولايجوز عندئذ العدول إذا ترتب عليه الإخلال بهذه الثقة المشروعة ، فالإرادة المنفردة إذا عقدت التزاماً وحدها قد لا تستطيع وحدها أن تحله إذا حال دون ذلك وجوب استقرار التعامل . يبقى الاعتراض الثالث ، وهو أن العقد وليد مفاوضات تتفاعل فيها الإرادتان وتؤثر إحداهما فى الأخرى . وهذا صحيح من الناحية النفسية أيضاً ، أما من الناحية الاجتماعية فمن الممكن أن نميز مرحلة تنتهى عندها هذه المفاوضات ويدخل الإيجاب فى دوره النهائى ويصبح إيجاباً باتاً . ولا شك فى أن هذا الإيجاب البات قد أثرت فيه عوامل مختلفة قبل أن يصبح كذلك ، ومن أهم هذه العوامل إرادة الطرف الآخر . ولكن لا شك أيضاً فى أنه بعد أن أصبح إيجاباً باتاً صار منسوباً لإرادة من صدر منه ما دام قد ارتضاه فى النهاية ، وعند ذلك يتحقق أن يكون أحد الطرفين قد تقدم بإرادة نهائية ليس للطرف الآخر إلا إقرارها . هذا إلى أن هناك أحوالا كثيرة تقع فى العمل ، يتقدم فيها أحد الطرفين بإيجاب بات لا تسبقه مفاوضات ، ومن ذلك ما يجرى فى عقود الإذعان .

فنحن لانرى فيما تقدم من الاعتراضات على النظرية الألمانية مايصلح لهدمها . ولكننا مع ذلك لانعتقد أن الفرق كثير من الناحية العملية بين النظريتين الألمانية والفرنسية . ذلك أن الأساس المنطقى للنظرية الألمانية هو أن الإرادة قادرة على إلزام صاحبها ما دام يلتزم فى دائرة القانون ، ولاحاجة لأن تقترن إرادة الدائن بإرادة المدين حتى ينشأ الالتزام.

ونحن لانرى لماذا لا يكون هذا صحيحاً لا من الناحية المنطقية فحسب ، بل من الناحية القانونية أيضاً . وما دام القانون قد وصل فى تطوره إلى أن يجعل للارادة سلطاناً فى إيجاد الآثار القانونية ، فلماذا يقف سلطان الإرادة دون إنشاء الالتزامات ! يستطيع المدين إذن أن يلتزم بإرادته المنفردة ، ولكنه يستطيع أيضاً ، وطبقاً لسلطان الإرادة ذاته ، أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة ما دامت هذه الإرادة لم تولد ثقة مشروعة . فالالتزام الذى يعقده المدين بإرادته التزام محلول . وإلى هنا لا يوجد فرق كبير بين النظريتين الألمانية والفرنسية . فالنظرية الأولى ترى المدين قد أوجد التزاماً بإرادته المنفردة ولكنه التزام يتحلل عنه فى أى وقت شاء ، والنظرية الثانية ترى المدين لم يوجد بإرادته المنفردة أى التزام . ولا يوجد فرق عملى كبير بين التزام غير موجود والتزام موجود ولكن يمكن التحلل منه . بقى أن النظرية الألمانية لاتسمح للملتزم بإرادته المنفردة أن يتحلل من التزامه إذا ولدت إرادته ثقة مشروعة لا يجوز الإخلال بها . وهذا لا يتحقق إلا إذا فرضنا أن إرادة المدين قد ولدت عند شخص معين ، هو الدائن ، ثقة مشروعة جعلته يطمئن إلى العمل بمقتضى هذه الإرادة . فإذا تحقق هذا الفرض ، وألزمت النظرية الألمانية المدين بإرادته المنفردة ، جاز للنظرية الفرنسية أن تقول بالتزام المدين أيضاً ، ولكن لا بإرادته المنفردة ، بل بتوافق إرادته مع الإرادة الضمنية للدائن وهى إرادة تستخلص من اطمئنانه لإرادة المدين والنزول على مقتضاها فى تصرفه . وسواء كان سبب التزام المدين فى هذه الحالة هى إرادته المنفردة كما يقول الألمان ، أو العقد كما يقول الفرنسيون ، فالنتيجة العملية واحدة ، إذ المدين ملتزم التزاماً لا رجوع فيه فى كلا القولين .

على أننا مهما قربنا ما بين النظريتين ، فإنه لايفوتنا أن الأساس الذى بنى عليه كل منهما لايزال مختلفاً . وهذا الاختلاف فى الأساس قد يؤدى إلى نتائج ذات بال . ويكفى أن نشير هنا إلى أنه فى الفرض الأخير الذى عالجناه ، إذا قلنا مع الألمان بالتزام المدين بإرادته المنفرده ، كان التزامه موجوداً منذ صدور هذه الإرادة . أما إذا قلنا مع الفرنسيين

إن المدين يلتزم بتوافق إرادته مع إرادة الدائن ، لم يوجد الالتزام إلا عند توافق الإرادتين ، أى عند صدور الإرادة الضمنية من الدائن . ثم إن التمشى مع النظرية الألمانية يجعلنا نحذف العقد من بين مصادر الالتزام ونحل الإرادة المنفردة محله . أما النظرية الفرنسية فلا تفسح مجالا للارادة المنفرد بين هذه المصادر ، وتجعل العقد وحده هو العمل القانونى الذى ينشىء التزاماً .

ومهما يكن من أمر فإن القانون الألمانى ذاته لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، بل أخذ بها على سبيل الاستثناء فى حالات محددة على سبيل الحصر بمقتضى نصوص قانونية خاصة[١] . أما المشروع الفرنسى الإيطالى فقد جعل من الإرادة المنفردة ، إلى جانب العقد ، مصدراً عاماً للالتزام[٢] . وسنرى الآن أن التقنين المصرى الجديد نهج

---

(١) وقد نصت المادة ٣٠٥ من القانون المدنى الألمانى على أن إنشاء الالتزام من طريق العمل القانونى لا يكون إلا بعقد ، عدا الأحوال التى ينص فيها القانون على خلاف ذلك .

وفى هذا يقول المعلقون على الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون الألمانى ما يأتى : « إن الغرض من تقرير هذا المبدأ هو إخراج الإرادة المنفردة من أن تكون مصدراً عاماً لإنشاء الالتزامات ، فى الحد الذى ينشأ فيه الالتزام من عمل قانونى . صحيح أنه طلب ، حتى من اللجنة الثانية (لتحضير مشروع القانون الألمانى) ، حذف هذا النص ، لترك المسألة لتقدير الفقهاء . وقد كان هذا يسمح للقضاء ، مع تمسكه بالقاعدة التقليدية ، أن يتوسع فى الاستثناءات التى يدخلها على القاعدة . ولكن الأغلبية لم تكن من هذا الرأى . ومع ذلك فقد أريدت الإشارة إلى الأحوال الاستثنائية التى يعترف بها القانون ، حتى يكون من المقرر أن الحالات التى يسلم فيها القانون بأن الالتزام ينشأ من مجرد إرادة منفردة يكون من المستطاع تصورها على اعتبار أنها استثناء من القاعدة الواردة فى المادة ٣٠٥ ، وتطبيق لنظرية الإرادة المنفردة » (الترجمة الفرنسية للتقنين الألمانى م ٣٠٥) .

هذا وقد احتاط المشرع الألمانى فى أنه لم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام لاعتبارات عملية . وفى هذا يقول سالى : « إذا كان المشرع الألمانى قد رفض الأخذ بالنظرية كمبدأ عام ، فذلك راجع دون شك للأسباب التى أبداها برنتز (Brinz) ، فإن من الخطر إعطاء مثل هذه الحرية للارادة ، إذ يصعب ، أمام مظهر هذه الإرادة المنفردة ، أن نتبين هل هناك التزام بات جدى ، أو أنه لا يوجد إلا قول ألقى جزافاً دون أن يقصد صاحبه أن يتقيد به » (الالتزامات فى القانون الألمانى فقرة ١٤٢) .

(٢) وقد انفرد المشروع الفرنسى الإيطالى بعقد فصل خاص للارادة المنفردة باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام . فقضى فى المادة ٦٠ بأن الإرادة المنفردة إذا كانت مكتوبة ، واقترنت بأجل محدد ، تلزم صاحبها بمجرد وصولها إلى علم من توجهت إليه ولم يرفضها ، وتنطبق على الإرادة المنفردة القواعد التى تنطبق على العقد عدا القواعد المتعلقة بضرورة توافق الإرادتين لإنشاء الالتزامات .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى أن هذا النص كان مثاراً للمناقشة بين أعضاء اللجنتين الفرنسية والإيطالية . فقد ظن البعض أن فى تقرير هذا المبدأ تجديداً جريئاً لا يتطلبه العمل ، =

منهج القانون الألمانى ، فلم يجعل الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام إلا فى حالات محدودة وردت بها نصوص خاصة .

٩٠٧ — إلى أى حد أخذ التقنين المدنى الجديد بالإرادة المنفردة مصدراً للالتزام :
كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الجديد ينص فى المادة ٢٢٨ منه على ما يأتى :

« ١ — إذا كان الوعد الصادر من جانب واحد مكتوباً وكان لمدة معينة ، فإن هذا الوعد يلزم صاحبه من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه مادام هذا لم يرفضه » .

« ٢ — وتسرى على هذا الوعد الأحكام الخاصة بالعقود ، إلا ماتعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام » .

« ٣ — يبقى الإيجاب فى العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به ، ويسرى حكم المادة التالية على كل وعد بجائزة يوجه إلى الجمهور »[1] .

فكان هذا النص ، على غرار المشروع الفرنسى الإيطالى فى مادته الستين ، يجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، مثلها فى ذلك مثل العقد . وكان يشترط لذلك أن تكون الإرادة المنفردة مكتوبة ، وأن تحدد لها مدة معينة إذا رفضت فى خلالها سقطت . أما إذا لم ترفض ، فإنها تكون ملزمة لصاحبها من الوقت الذى تصل فيه إلى علم من وجهت اليه ، شأنها فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة . ويسرى على الإرادة المنفردة ما يسرى

= ولكن هذا الاعتراض ، إذا كان فيه بعض الوجاهة بالنسبة إلى القانون الفرنسى ، غير وجيه بالنسبة إلى القانون الإيطالى . فقد نصت المادة ٣٦ من القانون التجارى الإيطالى على أنه فى العقود الملزمة لجانب واحد يعتبر الإيجاب ملزماً بمجرد وصوله إلى علم من توجه إليه ، فالتجديد ليس إذن كبيراً بالنسبة إلى هذا القانون. ومن المفيد إدخاله فى القانون الفرنسى ، فهو يضع حداً للخلاف فى تعريف طبيعة بعض الأعمال القانونية ، هل هى عقود أو هى مجرد إرادة منفردة ، كما فى تطهير العقار ، وهو فى الوقت ذاته يوسع دائرة احترام ما يصدر عن الشخص من وعد ، بالتمشى مع ما يقتضيه حسن النية . على أن المادة ٦٠ قد رسمت حدوداً معقولة لهذا التجديد ، فهى لم تكتف بالشروط الموضوعة للعقد من الاهلية ومشروعية المحل والسبب ، بل اشترطت فوق ذلك أن تكون الإرادة المنفردة الملزمة ثابتة بالكتابة ، وأن تحدد مدة لبقائها ملزمة (انظر ص ٧١ — ص ٧٣ من المذكرة الإيضاحية المذكورة) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ فى الهامش .

على العقد من أحكام ، فيجب توافر الأهلية ، وخلو الإرادة مما يشوب الرضاء من عيوب ، وقيام محل تتوافر فيه الشرائط اللازمة ، ووجوب سبب مشروع . ويستثنى من هذه الأحكام بداهة ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين ، مادامت الإرادة المنفردة هى مصدر الالتزام(١) .

ولو بقى هذا النص فانتقل إلى التقنين المدنى الجديد ، لكانت الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام كالعقد ، ولوجب إفراد باب خاص بها تعالج فيه على النحو الذى رأيناه فى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا سبب(٢) . ولكن النص حذف فى لجنة

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، شرحاً لهذا النص، ما يأتى : « ١ — لا يصبح الوعد الصادر من جانب واحد ملزماً إلا من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ، شأنه فى ذلك شأن كل تعبير عن الإرادة . فيجوز العدول عنه بعد صدوره متى وصل هذا العدول إلى علم من وجه إليه قبل وصول الوعد ذاته أو وقت وصوله وفقاً لأحكام القواعد العامة . بيد أن الوعد الصادر من جانب واحد يمتاز بترتيب حكمه دون حاجة إلى القبول . وهذا ما يفرقه عن العقود . فيكفى للزومه أن يصل إلى علم من وجه إليه وألا يرفضه هذا ولكنه يسقط فى حالة الرفض ، إذ لا يجوز أن يجبر أحد على أن يكسب حقاً على رغمه . وهو من هذا الوجه يختلف اختلافاً بيناً عن العقد ، فالعقد لا يتم إلا بقبول الدائن ووصول هذا القبول إلى علم من صدر الإيجاب عنه . ومن الأهمية بمكان تبيين ما إذا كان يقصد بالتعبير عن الإرادة إلى الارتباط بوعد من جانب واحد ، أم إلى مجرد الإيجاب فمن المعلوم أن الإيجاب ، وإن كانت له قوة فى الإلزام من حيث عدم جواز العدول عنه ، لابد أن يقترن بالقبول حتى ينشأ الالتزام الذى يراد ترتيبه . ٢ — ويفترض عند الشك فى مرمى التعبير عن الإرادة أنه قصد به إلى مجرد الإيجاب . ويقع عبء إثبات قيام الوعد الصادر من جانب واحد على عاتق الدائن الذى يدعى ذلك . ويكون الإثبات بالكتابة دائماً ، ولو كانت قيمة الوعد لا تتجاوز عشرة جنيهات . وكذلك يجب أن تتضمن وثيقة الوعد بيان المدة التى يبقى الواعد خلالها ملتزماً بما وعد . ٣ — ومتى تقرر مبدأ الالتزام بمجرد الوعد ، تعين سريان أحكام العقود عليه . ويترتب على ذلك وجوب توافر أهلية التعاقد فى الواعد ، وخلو إرادته مما يشوب الرضا من عيوب ، وقيام التزامه على سبب ومحل تتوافر فيهما الشرائط اللازمة . ويستثنى من هذه الأحكام بداهة ما يتعلق بضرورة توافق الإرادتين ما دامت الإرادة المنفردة هى مصدر الالتزام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ — ص ٣٣٩ فى الهامش) .

(٢) وقد جاء فى النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « جعل المشروع من الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ، محتذياً فى ذلك مثال المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس يقتصر الأمر فى إسناد قوة الالتزام إلى هذه الإرادة على القضاء على ضروب من الخلاف سوف تعدم أهميتها بعد أن فرقت وجوه الرأى بين فكرة التعاقد وفكرة المشيئة الواحدة فى تكييف طبيعة بعض =

المراجعة . وكان حذفه « عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإراده المنفردة ملزمة ، واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشىء التزاماً »[١] .

ويتبين من ذلك أن لجنة المراجعة رجعت بالإرادة المنفردة عن أن تكون مصدراً عاماً للالتزام ، كما كان الأمر فى المشروع التمهيدى ، إلى أن تكون مصدراً للالتزام فى حالات استثنائية ترد فى نصوص قانونية خاصة . وعلى هذا النهج سار المشروع فى سائر مراحله حتى أصبح قانوناً[٢] .

٩٠٨ — الالتزامات التى تنشئها الارادة المنفردة فى التقنين المدنى الجديد هى التزامات قانونية ، ومصدرها المباشر هو القانون : ولم تتنبه الهيئات المختلفة التى تعاقبت على نظر مشروع القانون المدنى ، منذ لجنة المراجعة ، لهذا التغيير الجوهرى فى مصدر الالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة . فقد كان المصدر المباشر لهذه الالتزامات ، وفقاً للمشروع التمهيدى ، هى الإرادة المنفردة ذاتها ، وقد ارتقت إلى مقام العقد ، فأصبحت مصدراً عاماً للالتزام . ومن ثم عقد المشروع التمهيدى للارادة المنفردة فصلا خاصاً بها ، كما عقد فصولا خاصة للمصادر العامة الأخرى وهى العقد والعمل غير المشروع والإثراء بلا

= التصرفات ، كعرض الثمن على الدائنين المقيدة حقوقهم عند تطهير العقار (المذكرة الايضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص ٥٤) ، وهو لا يقتصر كذلك على بسط نطاق تطبيق مبدأ البر بالعهود استجابة لما يقتضى حسن النية (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الايطالى ص ٥٤) فى نطاق التعامل ، ولكن هذا التجديد مهما يكن حظه من الجرأة ، يعتبر نتيجة منطقية لإقرار المشروع لمبدأ لزوم الايجاب . فمتى اعترف للايجاب بقوة الإلزام ، فليس ثمة ما يدعو إلى الوقوف عند هذا الحد ، ذلك أن التزام المنطق نفسه يؤدى إلى إقرار كفاية الإرادة المنفردة لإنشاء الالتزام بوجه عام » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٦ — ص ٣٣٧ فى الهامش) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩ فى الهامش .

(٢) وقد عبر التقنين المدنى الليبى عن هذا المعنى فى وضوح ، إذ نصت المادة ١٦٥ منه على ما يأتى : « ١ — إذا نص القانون على أن تكون الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ، سرى عليها ما يسرى على العقد من أحكام ، إلا إذا كانت هذه الأحكام يقتضيها تعدد الإرادة أو كانت تتعارض مع نص القانون — ٢ — وتسرى بوجه عام أحكام العقد على الإرادة المنفردة باعتبارها تصرفاً قانونياً يرتب آثاراً أخرى غير إنشاء الالتزام » . وانظر أيضاً فى هذا المعنى م ١٨٤ عراقى وم ١٤٨ لبنانى .

سبب . ولكن بعد أن نزلت لجنه المراجعة بالإرادة المنفردة إلى أن تكون مصدراً للالتزام فى حالات استثنائية ، وبمقتضى نص خاص ، لم تعد الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام ، وأصبحت الالتزامات الناشئة عنها لاتقوم بمقتضىأصل عام يقرره القانون، بل تقوم بمقتضى نصوص قانونية خاصة ، فأصبح نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات . ومن ثم كان الواجب اعتبار أى التزام ينشأ من الإرادة المنفردة التزاماً مصدره القانون ، وحذف الفصل الخاص المعقود للارادة المنفردة فى المشروع التمهيدى ، وإدماجه فى الفصل المعقود للقانون كمصدر مباشر للالتزام . وهذا ما فات لجنة المراجعة وما تلاها من الهيئات أن تفعله .

ولم نرد أن نساير هذا الخطأ فى التبويب . فلم نعقد للارادة المنفردة باباً خاصاً بها يأتى بعد الباب المخصص للعقد ، كما فعل التقنين المدنى الجديد ، بل أرجأنا الكلام فيها إلى أن نتكلم فى الالتزامات التى يكون القانون هو مصدرها المباشر ، فنجعل الالتزامات التى تنشئها الإرادة المنفردة تدخل فى هذا النطاق[١] .

فالقاعدة إذن فى التقنين المدنى الجديد أن كل التزام تنشئه الإرادة المنفردة لا بد أن يرد فى نص قانونى . ويعتبر هذا النص هو مصدره المباشر ، وهو الذى يعين أركانه ويبين أحكامه .

---

(١) قارن أحمد حشمت أبو ستيت ص ٥٧٨ — ص٥٧٩ — محمد كامل مرسى ٢ ص١١ هامش١ — أنور سلطان فقرة ٣٨٩ — عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٣٩٢ ص ٤٢٢ — عبد الحى حجازى ، ص ٣٨٥ ، ص ٣٨٦ : ويذهبون إلى أن الإرادة المنفردة يجب اعتبارها مصدر للالتزام ، ولو أنها ليست مصدراً عاماً بل مصدراً استثنائياً .

ولو كانت الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام كالعقد ، لوجب أن كل إرادة منفردة تتجه إلى إنشاء التزام تنشئه . ولكن المقطوع به غير ذلك ، فلا يكفى أن توجد الإرادة المنفردة حتى يترتب عليها التزام ، بل يجب أن يوجد إلى جانب هذه الإرادة نص قانونى هو الذى يرتب الالتزام على الإرادة ، ومن ثم يكون النص هو المصدر المباشر للالتزام .

وقد وردت نصوص متناثرة فى نواحى التقنين الجديد تجعل الالتزام ينشأ من إرادة منفردة . نذكر من ذلك :

١ — الإيجاب الملزم ، وقد ورد فيه النص الآتى : (م ٩٣) : « ١ — إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ — وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » . وقد فصلنا أحكام هذا النص فيما قدمناه عند الكلام فى الإيجاب .

٢ — المؤسسات ، وقد ورد فيها النص الآتى (م ٧٠ فقرة ١) : ويكون إنشاء المؤسسة بسند رسمى أو بوصية » . فإرادة المنشىء المنفردة هى التى توجد المؤسسة . وهذه الإرادة يصدرها صاحبها لتنتج أثرها إما فى حياته ، أو بعد موته بوصية . ثم يلتزم المنشىء بإرادته المنفردة أيضاً أن ينقل إلى المؤسسة التى أنشأها ملكية ما تعهد به من المال الذى خصصه لها . ومن ثم نرى أن الإرادة المنفردة هنا أوجدت شخصاً معنوياً ، وأنشأت التزاماً نحو هذا الشخص المعنوى[1] .

٣ — تطهير العقار المرهون رهناً رسمياً ، وقد ورد فيه النص الآتى (م ١٠٦٦) : « يجب على الحائز أن يذكر فى الإعلان أنه مستعد أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى

---

(١) انظر نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٣ — فقرة ١٩٤ .

ومما يدل على أن إرادة المنشىء للمؤسسة قد أنشأت التزاماً فى ذمته نحو هذه المؤسسة أن المشرع شبه إنشاء المؤسسة بالهبة أو الوصية فى خصوص الدعوى البوليصية ، فنص فى المادة ٧١ على أنه « يعتبر إنشاء المؤسسة بالنسبة إلى دائنى المنشىء وورثته بمثابة هبة أو وصية . فإذا كانت المؤسسة قد أنشئت إضراراً بحقوقهم ، جاز لهم مباشرة الدعاوى التى يقررها القانون فى مثل هذه الحالة بالنسبة إلى الهبات والوصايا » . غير أن الهبة لا تكون إلا بعقد ، أما إنشاء المؤسسة فتكون بإرادة منفردة .

وكما تنشأ المؤسسة بإرادة منفردة ، يجوز الرجوع فيها بإرادة منفردة كذلك إلى أن يتم شهرها . وقد نصت المادة ٧٢ على أنه « متى كان إنشاء المؤسسة بسند رسمى جاز لمن أنشأها أن يعدل عنها بسند رسمى آخر ، وذلك إلى أن يتم شهرها وفقاً لأحكام المادة ٥٩ » . وبديهى أن المؤسسة إذا أنشئت بوصية جاز الرجوع فيها دائماً حتى موت الموصى ، شأنها فى ذلك شأن كل وصية .

قوم به العقار . وليس على أن يصحب العرض بالمبلغ نقداً ، بل ينحصر العرض فى إظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال أياً كان ميعاد استحقاق الديون المقيـدة » .
ويؤخذ من هـــذا النص أن الحائز يلتزم بإرادته المنفردة أن يوفى الديون المقيدة إلى القدر الذى قوم به العقار ، وذلك بمجرد إعلانه رغبته فى تطهير العقار بتوجيهه إلى الدائنين المقيدة حقوقهم إعلانات على النحو المبين فى المادة ١٠٦٥ .

(٤) الوعد بجائزة الموجه إلى الجمهور ، وقد ورد فيه نص المادة ١٦٢ . ولما كان هذا النص ينشىء التزاماً قانونياً أولى مــكان ببحثه هو هذا البــاب ، فسنتولى بحثه تفصيــلا فيما يلى[١] .

---

(١) ويدخل فى تطبيقات الإرادة المنفردة منشئة للالتزام السند لحامله . ويكيف عادة بأن هناك عقداً مجرداً (contrat abstrait) تم بين الساحب وأول حامل للسند ، وهذا العقد هو الذى ولد الالتزام فى ذمة الساحب . وقد حول الحامل الأول حقه إلى آخر ، وهذا إلى غيره ، إلى أن وصـل السند إلى الحـامل الأخير . إلا أن هناك فروضاً لا تنزل على هذا التـكييف . فقد يكتب الساحب السند ، وقبل أن يسلمه لأحد يضيع منه أو يسرق ، فتتبادله الأيدى إلى أن يقع فى يد شخص حسن النية ، فيـكون لهذا الشخص الحق فى استيفاء قيمته من الساحب . ولا يمكن أن يقال هنا إن الساحب ملتزم بموجب عقد بينه وبين أول حامل ، فإن هذا كان شخصاً عثر على السند وهو ضائع أو لصاً سرقه . فلم يبق إذن لتفسير هذا الالتزام إلا أن نقول إن الساحب قد التزم بإرادته المنفردة التزاماً مجرداً . كذلك إذا فرض أن الساحب قبل تسليمه السند لأحد مات أو فقد أهليته ، ثم تداولت الأيدى السند ، فهو (أو ورثته) يبقى ملتزما ، ومصدر التزامه لا يمكن أن يكون عقداً فى هذه الحالة ، فليس إلا إرادته المنفردة مصدراً لالتزامه هنا . وقد نص القانون الألمانى صراحة على الحلول المتقدمة ، فقضت المادة ٧٩٤ بأن من يصدر منه سند لحامله يلتزم به ، حتى لو سرق منه أو ضاع ، وحتى لو تبادلته الأيدى رغم إرادته بأى شكل كان . وتقضى المادة ذاتها بأن السند لحـامله يبقى حافظاً لقوته القانونية حتى لو مات من صدر منه السند أو فقد الأهلية قبل التعامل به (نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٥) .
أما التزامات الفضولى فقد قدمنا أنها لا تنشأ من إرادة منفردة ، بل من واقعة مادية هى أن يتولى الفضولى شأناً لرب العمل . ولا يكفى لالتزام الفضولى أن يظهر إرادته فى أن يتولى شأناً لرب العمل ، مهما كانت هذه الإرادة واضحة ، ما دام لم يتول هذا الشأن بالفعل . فالعمل المادى ، لا إرادة الفضولى ، هو الذى ينشىء فى ذمة الفضولى التزاماته المعروفة .

وكذلك التزام المتعهد نحو المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير مصدره العقد لا الإرادة المنفردة . وقد مر بيان ذلك تفصيلا عند الـكلام فى الاشتراط لمصلحة الغير .

المبحث الثانى

النص هو الذى يعين أركان الالتزام القانونى ويبين أحكامه

المطلب الأول

القاعـــدة العامة

٩٠٩ — أركان الالتزام القانونى : رأينا أن النص هو الذى ينشىء الالتزام القانونى ، ويعتبر مصدراً مباشراً له . والنص كذلك هو الذى يعين أركان هذا الالتزام. وقد استعرضنا طائفة من الالتزامات القانونية فيما تقدم . فالرجوع إلى النص ، فى كل التزام قانونى منها على حدة ، هو الذى يبين مدى هذا الالتزام والأركان التى يقوم عليها[1] :

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزامات القانونية ، كسائر الالتزامات ، تكون إما التزاماً بإعطاء (obligation de donner) ، أو التزاماً بعمل (obligation de faire) ، أو التزاماً بالامتناع عن عمل (obligation de ne pas faire) . مثل الالتزام القانونى بالإعطاء الالتزام بالنفقة ، والالتزام بدفع الضرائب ، والالتزام بتعويض العامل عن مخاطر العمل . ومثل الالتزام القانونى بالعمل التزام الولى أن يدير أموال القاصر ، والتزام الجار أن يشترك فى وضع حد للملكه الملتصق بملك جاره . ومثل الالتزام القانونى بالامتناع عن عمل التزام الجار ألا يهدم الحائط الذى يستتر به جاره دون عذر قوى ، والتزامه ألا يحدث ضرراً فاحشاً للجيران .

---

(١) [وليس من الضرورى أن يكون النص موجوداً فى التقنين المدنى ، فالقوانين المالية وقوانين الأحوال الشخصية وقانون المرافعات وغير ذلك من القوانين قد تتضمن نصوصاً تنشىء التزامات قانونية كما سنرى. مثل ذلك ما قضت به المادة ٣٥٧ مرافعات من إلزام من حكم عليه فى الدعوى بمصروفاتها. وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصدد بأنه متى كان أحد الخصوم قد استأنف الحكم الابتدائى كما استأنفه خصم آخر ، فإن محكمة الاستئناف إذ رفضت الاستئنافين وحكمت بمصروفاتهما عن أحد المستأنفين دون المستأنف الآخر تكون قد خالفت القانون (نقض مدنى ١٠ نوفمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٩٧ ص ١٤٦١)] .

والالتزام القانونى ، كسائر الالتزامات ، رابطة مابين دائن ومدين . وتقوم هـذه الرابطة على محل مستوف لشرائطه . ولما كان القانون فى الالتزام القانونى المبنى على واقعة مادية هو الذى يعين هذا المحل على النحو الذى بيناه ، إعطاء كان أو عملا أو امتناعاً عن عمل ، فإن المحل لا بد أن يكون قد استوفى الشرائط الواجبة . فلا صعوبة يمكن أن تثار من هذه الناحية .

والسبب لا يكون ركناً فى الالتزام القانونى إلا إذا استند إلى الإرادة المنفردة ، فقد رأينا أن السبب يتصل بالإرادة . ويترتب على ذلك أن الالتزام القانونى الذى يقوم على إرادة منفردة ، كالإيجاب الملزم والوعد بجائزة ، يجب أن يكون مبنياً على سبب مشروع[1] . وإلا كانت الإرادة باطلة لاتنتج أثراً . وكذلك المحل فى الالتزام القانونى المبنى على الإرادة المنفردة تعينه هذه الإرادة ، فيجب فى تعيينه أن يكون مستوفياً لشرائطه على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى المحل .

والأهلية إنما يجب توافرها فى الالتزام القانونى المبنى على الإرادة المنفردة . أما الالتزام القانونى المبنى على واقعة مادية فلا تشترط فيه أية أهلية إلا إذا نص القانون على ذلك . وقد كان هذا الحكم منصوصاً عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ولا تشترط أية أهلية فى هذه الالتزامات (القانونية المبنية على وقائع مادية) ، ما لم يوجد نص يقضى بخلاف ذلك » . فحذف هذا النص فى لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه ، فهو مفهوم من مقتضى تطبيق القواعد العامة[2] ، ومن الأمثلة

---

(١) [انظر مارتى ورينو جـ ٢ بند ٣٢٥ ص ٢٨٤ — وانظر نفس المرجع بند ٣٢٤ فى عيوب الإرادة بالنسبة للتصرف القانونى الصادر عن إرادة منفردة] .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٣ — وانظر آنفاً فقرة ٩٠١ فى الهامش . ويلاحظ أن المادة ٢٧٢ من المشروع التمهيدى وهى التى تقابل المادة ١٩٨ من التقنين المدنى الجديد ، لم تعرض إلا للالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية ، لأن الإرادة المنفردة فى المشروع التمهيدى كانت مصدراً عاماً للالتزام كما قدمنا ، فلم تدخل الالتزامات الناشئة عنها فى نطاق هذا النص . ومن ثم كان مفهوماً أن تنص الفقرة الثانية من المادة ٢٧٢ على أنه لا تشترط أية أهلية فى الالتزامات القانونية . =

على التزام قانونى مبنى على واقعة مادية يشترط النص فيه أهلية خاصة التزامات الفضولى ، فقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٩٦ تنص على أنه « إذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولا عن إرادته إلا بالقدر الذى أثرى به ، مالم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع » . وكذلك ورثة الفضولى عندما أوجب القانون عليهم أن يخطروا رب العمل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح رب العمل ، اشترط النص (م ١٩٤ فقرة ٢ وم ٧١٧ فقرة ٢) لقيام هذا الالتزام أن تتوافر فيهم الأهلية . وتشترط المادة ١٦ من قانون المحاكم الحسبية فى الوصى أن يكون ذا أهلية كاملة .

٩١٠ — أحكام الالتزام القانونى : وكذلك النص هو الذى يبين أحكام الالتزام القانونى ، فيرجع فى كل التزام إلى النص الذى أنشأه لمعرفة هذه الأحكام .

ويمكن القول بوجه عام إن الالتزام القانونى ، كسائر الالتزامات ، ينفذ عيناً إذا كان هذا ممكناً ، وإلا انتهى إلى تعويض يقدر طبقاً للقواعد العامة .

وقد تبين طبيعة الالتزام القانونى شيئاً من أحكامه . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى هذا المعنى بأن طبيعة دين النفقة تجعله خاصاً بشخص من ترتب فى ذمته هذا الدين ، ومن ثم تكون وفاة المحكوم عليه مسقطة لحكم النفقة ، بحيث لا يبقى هذا الحكم من الأثر على تركته إلا بمقدار المستحق من النفقة الذى كان واجب الأداء قبل الوفاة[1] .

= وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، فى صدد الأهلية فى الالتزامات القانونية المبنية على وقائع مادية ، ما يأتى : « وتنشأ الالتزامات المقررة بنص القانون استقلالا عن إرادة ذوى الشأن ، فهى لا تقتضى فيهم أهلية ما (المادة ١٢٠ من التقنين اللبنانى) . ومع هذا فقد يتطلب القانون أهلية خاصة بالنسبة لبعض هذه الالتزامات ، مراعياً فى ذلك أنها لا تترتب بمعزل عن الإرادة . ومن هذا القبيل ما يقع من الالتزامات على عاتق الفضولى ، إذ يشترط القانون لترتيبه أن يكون من يتصدى لشأن من شؤون الغير تفضلا أهلا للتعاقد » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢ — ص ٤٩٣) .

(١) محكمة الاستئناف الوطنية فى ١٩ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١١١ / ١ =

٩١١ — تطبيقات مختلفة : ونأتى ببعض تطبيقات على ماقدمناه من أن النص هو الذى يعين أركان الالتزام القانونى ويتكفل ببيان أحكامه . ويحسن قبل ذلك أن نبين أنه ليس من الضرورى أن يكون النص موجوداً فى القانون المدنى ، فالقوانين المالية وقوانين الأحوال الشخصية وقانون المرافعات وغير ذلك من القوانين المختلفة قد تتضمن نصوصاً تنشىء التزامات قانونية ، وتتكفل هذه النصوص بتعيين أركان الالتزام وبيان أحكامه .

فمن الالتزامات القانونية التزامات الفضولى ، وقد سبق أن فصلناها راجعين فيها إلى النصوص المدنية التى أنشأتها ، ورأينا كيف أن هذه النصوص هى التى تعين أركان الالتزام وتبين أحكامه .

ومن الالتزامات القانونية الالتزام بدفع الضرائب . وهذا الالتزام يرجع فى تعيين أركانه وبيان أحكامه إلى القوانين المالية الخاصة بالضرائب على العقار والمنقول وكسب العمل والإيراد العام وغير ذلك من الضرائب المختلفة .

ومن الالتزامات القانونية التزامات الأسرة ، ويدخل فيها واجبات كل من الزوجين والعلاقة ما بين الوالدين والأولاد والنفقة بمختلف أنواعها والتزامات الأولياء والأوصياء والقوام . وهذه كلها يرجع فى تعيين أركانها وفى بيان أحكامها إلى قوانين الأحوال الشخصية ، وبخاصة إلى الشريعة الإسلامية ، ثم إلى قانون الولاية على المال .

ومن الالتزامات القانونية التزامات الجوار ويرجع فيها إلى نصوص التقنين المدنى فى الكثرة الغالبة من الأحوال . وهذه النصوص تفرض على الجيران التزامات كثيرة متنوعة ، منها إزالة مضار الجوار إذا جاوزت الحد المألوف ، ومنها الالتزامات الناشئة عن

= ص ١٩١ — وانظر فى القضاء المختلط فى مناسبة دين النفقة المنصوص عليه فى القانون المدنى القديم (مواد ١٥٤ — ٢١٦/١٥٧ — ٢٢٠) تعليقات الأستاذ بسطوروس على القانون المدنى القديم جزء ٢ ص ٦٠١ — ص ٦٠٥ .

الحائط المشترك والحائط الملاصق ، ومنها الالتزامات الناشئة عن الشيوع فى الملك .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصاً ينشىء التزاماً قانونياً فى ذمة كل من حاز شيئاً أو أحرزه ، بأن يعرض هذا الشيء على من يدعى حقاً متعلقاً به ، متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . ولكن لجنة المراجعة حذفت هذا النص لأنه أدخل فى باب المرافعات[1] .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٢ فى الهامش . هذا والنص المشار إليه هو المادة ٢٧٣ من المشروع التمهيدى ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « ١ — كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به ، متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فإذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها فى إثبات حق له . ٢ — على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة فى الامتناع عن عرضه . ٣ — ويكون عرض الشيء فى المكان الذى يوجد فيه وقت طلب العرض ، مالم يعين القاضى مكاناً آخر . وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً . وللقاضى أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض » . وقد جاء فى النظرة العامة للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « ومع ذلك فقد رؤى أن ينص استثناء على الالتزام بتقديم شيء . ذلك أن هذا الالتزام لم يظفر بمكان فى سائر نواحى التشريع ، ولهذا أفرد له نص خاص أخذ عن المشروع الفرنسى الإيطالى . ويراعى أن هذا المشروع قد استلهم فى هذا الشأن ما ورد من الأحكام فى التقنينين الألمانى والسويسرى » . وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « ١ — يدخل الالتزام بتقديم شيء فى نطاق الالتزامات المقررة بنص القانون . ويقتضى ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة : ١) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشيء ، شخصياً كان الحق أم عينياً . ب) والثانى أن يكون الشيء المدعى به فى يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز ، سواء كان هذا لشخص خصما فى الدعوى أم لم يكن خصما فيها . ج) والثالث أن يكون فحص الشيء ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ، ويرجع تقدير هذه الضرورة للقاضى . فيجوز مثلا لمالك الشيء المسروق أن يطالب من يشتبه فى حيازته له بعرضه عليه ليتثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التى أجراها مورثه ، حتى يتسنى له أن يعين مدى حقه فى الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . ٢ — فإذا كان الشيء الذى يطلب عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضرورياً لا للبت فى وجود الحق المدعى به وتعيين مداه ، بل لمجرد الاستناد إليها فى إثبات حق للطالب . والثانى أن للقاضى أن يأمر ، عند الاقتضاء ، بتقديم الوثيقة للمحكمة لا بمجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثل لمشترى الأرض ، إذا تعهد بالوفاء بما بقى من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أداؤه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظف يدعى أنه عزل تعسفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء ، ليستخلص منه الدليل =

وما قدمناه من التطبيقات يتعلق بالتزامات قانونية مبنية على وقائع مادية . وكذلك الحال فى الالتزامات القانونية المبنية على الإرادة المنفردة ، وقد أوردنا طائفة منها فيما قدمناه . فهذه أيضاً تتكفل النصوص القانونية التى أنشأتها بتعيين أركانها وبيان أحكامها . وقد رأينا تطبيقاً لذلك فى الإيجاب الملزم . وننتقل الآن لتطبيق آخر فى الوعد بجائزة ، ونفرد له مطلباً خاصاً .

= على التعسف . ٣ — فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضى أن يأمر بعرض الشيء أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوى للامتناع ، كالحرص على حرمة سر عائلى مثلا . والأصل فى العرض أن يحصل حيث يوجد الشيء وقت رفع الدعوى ، ولكن يجوز للقاضى أن يحكم بغير ذلك ، كما هو الشأن فى تقديم الشيء أمام القضاء . وتكون نفقات العرض على عاتق من يطلبه ، ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضى ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشيء من ضرر من وراء هذا العرض » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٩٠ وص ٤٩١ — ص ٤٩٢ فى الهامش) .

وبعد أن حذف هذا النص الجامع ، لم يعد هناك إلا نصوص متناثرة فى قوانين مختلفة لا تتسع لما كان هذا النص يتسع له . من ذلك ما جاء فى المادة ١٦ من قانون التجارة : « لا يجوز للمحكمة فى غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفترين المتقدم ذكرهما ولا على دفتر الجرد إلا فى مواد الأموال المشاعة أو مواد التركات وقسمة الشركات وفى حالة الإفلاس ، وفى هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر » . وما جاء فى المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات الجديد : « يجوز للخصم فى الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده : ١ — إذا كان القانون يجيز مطالبته تقديمها أو تسليمها . ٢ — إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه . وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة . ٣ — إذا استند إليها خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى » . وما جاء فى المادة ٢٥٩ من قانون المرافعات الجديد : « يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة » . انظر أيضاً المواد ١٨٥ إلى ١٨٨ من قانون المرافعات الجديد .

المطلب الثانى

تطبيـــــق خاص

الوعد بجائزة (الجعالة)

٩١٢ — النصوص القانونية : نصت المادة ١٦٢ من التقنين المدنى الجديد على ما يأتى :

« ١ — من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها » .

« ٢ — وإذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد . وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهورية »[1] .

---

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « ١ — من وجه للجمهور وعداً أن يعطى جائزة لمن يقوم بعمل معين ، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة . ٢ — وإذا لم يحدد الواعد أجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من قام بالعمل قبل الرجوع فى الوعد . ٣ — أما إذا كان هناك من بدأ فى العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع فى الوعد ٣ — أما إذا كان هناك من بدأ فى العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع فى الوعد ، فإن الواعد ، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يجاوز فى ذلك قيمة الجائز الموعود بها . وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف بانقضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع فى الوعد » .

وقد حذفت لجنة المراجعة الفقرة الثالثة اكتفاء بعبارة تضاف فى آخر الفقرة الثانية وإدخال بعض التعديلات اللفظية ، فأصبح النص النهائى ما يأتى : « — من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، حتى لو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة . ٢ — وإذا لم يحدد الواعد أجلا للقيام بالعمل، جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد . فإذا كان قد بدأ العمل دون ألا يتمه ، جاز الحكم له بتعويض عادل لا يجاوز فى أى حال قيمة الجائزة » . وأصبح رقم المادة ١٦٦ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على المادة دون تعديل . وفى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ جرت مناقشات طويلة ، انتهت بأن أضافت اللجنة إلى الفقرة الأولى عبارة « أو دون علم بها » ، وهذه الإضافة تجعل المعنى أوضح لأن المقصود هو =

وقد أنشأ هذا النص التزاماً قانونياً بناه على الإرادة المنفردة . فالنص إذن هو الذى يعين أركان هذا الالتزام القانونى ، وهو الذى يبين أحكامه[١] .

= أن يلتزم من يعد بإعطاء الجائزة بما تعهد بأدائه مادام الطرف الآخر قد قام بالعمل الذى خصصت الجائزة له ولو كان لم يعلم بهذا التعهد . وحذفت اللجنة من آخر الفقرة الثانية عبارة « فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتمه جاز الحكم له بتعويض عادل لا يجاوز فى أى حال قيمة الجائزة » ، وقد راعت اللجنة فى الحذف أن تترك المسألة للقواعد العامة ، فضلا عن أن نص المشروع يفضى إلى منازعات كثيرة غير عادلة . وأضافت حكماً جديداً أفرغته فى العبارة الآتية : « وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور » ، وقد راعت اللجنة فى هذا الإضافة أن تقطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بالجائزة بعد إعلان العدول وحسم المنازعات التى تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة وصعوبة الإثبات ، ولذلك جعلت مدة السقوط ستة أشهر . وأصبح رقم المادة ١٦٢ . ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ — ص ٣٤٩) .

وقد جاء فى النظرة العامة المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « عمد المشروع إلى إيراد أهم تطبيق من تطبيقات الإدارة المنفردة ، فعرض لأحكام الوعد بالجائزة إذ وجه للجمهور ، وخالف المشروع الفرنسى الإيطالى بشأنها ، فلا يزال هذا المشروع مبقياً على الأساس التعاقدى لذاك الوعد دون أن يشفع ذلك بتعليل شاف . وليس صحيحاً على وجه الإطلاق أن يقال إن هـذا التكييف التعاقدى يرد إلى ما للوعد من خصيصة تبادلية ، وأن الوعد لا يتم لا برضاء يصدر من إرادتين (المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسى الإيطالى ص ٥٦) ، فالواقع أنه لا يقصد إلى مجرد استظهار معنى إتمام أحكام الوعد باشتراك إرادتين ، وهو ما يتحقق فى كل الأحوال . بل الجوهرى فى هذا الصدد هو إبراز وجه انفراد الإرادة بترتيب التزام الواعد ، فهو يلتزم بمشيئته وحدها إزاء من يقوم بالعمل المطلوب ولو كان يجهل صدور الوعد » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٦) .

انظر فى نصوص التقنينات الحديثة فى الوعد بجائزة (م ٦٥٧ و ٦٥٨ من التقنين الألمانى و م ٨ من تقنين الالتزامات السويسرى و م ٤ من المشروع الفرنسى الإيطالى) نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٩٠ .

التقنينات المدنية العربية الأخرى : السورى م ١٦٣ (مطابق) . الليبى م ١٦٤ (مطابق) العراق م ١٨٥ (موافق) . اللبنانى م ١٧٩ آخر المادة (موافق) .

(١) [وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الوعد بالجائزة قد صدر فى ظل القانون المدنى القديم الذى لا يعترف بالارادة المنفردة باعتبارها منشئة للالتزام فانه يتعين الرجوع إلى القواعد العامة لأحكام العقد التى توجب أن تتلاقى الإيجاب والقبول ، ذلك لأن التقنين المدنى الملغى لم يورد نصاً يحكم الوعد بالجائزة باعتباره صورة من صور الالتزام الناشىء عن الإرادة المنفردة : نقض مدنى فى ٣٠ من مارس سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض السنة ١٢ ص ٢٩٤ رقم ٤٢] .

٩١٣ — أركان الالتزام بالجائزة : ويتبين من النص أن التزام الواعد بجائزة يقوم بتوافر الأركان الآتية :

(١) أن تصدر من الواعد إرادة باتة ، وهذه هى الإرادة المنفردة ، فيجب أن تصل الإرادة إلى مرحلة البتات كما فى الإيجاب البات . ويجب أيضاً أن يكون الواعد ذا أهلية كاملة للالتزام بما وعد به ، وأن تخلو إرادته من العيوب فلا يشوبها غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . ويجب أن تقوم الإرادة على محل مستوف لشرائطه ، وأن تتجه إلى سبب مشروع[1] .

(٢) أن توجه الإرادة إلى الجمهور . فإذا وجهت إلى شخص معين أو أشخاص معينين ، خرجت عن أن تكون وعداً بجائزة بالمعنى المقصود ، وسرت عليها قواعد الإيجاب فلا بد من أن يقترن بها القبول ، وتصبح عندئذ عقداً لا إرادة منفردة . فتوجيه الإرادة إلى الجمهور ، أى إلى أشخاص غير معينين بالذات ، هو الذى يكسو الوعد بجائزة طابعه الذى يتميز به .

(٣) أن يكون توجيه الإرادة للجمهور عن طريق علنى . ويكون ذلك بطريق من طرق النشر المعروفة ، كالإعلان فى الصحف أو توزيع النشرات أو المناداة فى الطرقات . والمهم هو أن توجه الإرادة للجمهور بطريق علنى ، وأن تكون العلانية كافية حتى يتيسر لعدد كبير من الناس أن يعلم بهذه الإرادة .

(٤) أن تتضمن الإرادة أمرين على الأقل : (أولا) جائزة معينة يلتزم الواعد بإعطائها للفائز بها . وقد تكون الجائزة مبلغاً من النقود ، أو شيئاً آخر له قيمة مالية كأسهم أو سندات أو سيارة أو منزل أو كتاب أو دفع نفقات رحلة أو نحو ذلك . ولا شيء

(١) وقد يكون الوعد بجائزة صادراً على سبيل الدعاية ، كالتاجر يعد بإعطاء جائزة لمن يجد عيباً فى بضاعته ، ولا مانع من أخذه بوعده متى صدرت منه إرادة جدية فى هذا المعنى (عبد الحى حجازى ٢ ص ٣٩٣ — ص ٣٩٤) .

يمنع من أن تكون الجائزة قيمتها أدبية ، كوسام أو شارة أو كأس أو أية علامة أخرى من علامات التقدير . (ثانياً) شيئاً معيناً يقوم به الفائز حتى يستحق الجائزة ، كالعثور على شيء ضائع أو وضع أفضل تصميم هندسى أو النجاح فى امتحان أو الفوز فى مسابقة أو الاهتداء إلى دواء أو الكشف عن اختراع أو نحو ذلك[1] . ويستوى أن يكون الوعد قد حددت له مدة أو لم تحدد ، ففى الحالتين يلتزم الواعد ، ولكن كل حالة لها حكمها على ما سنرى .

٩١٤ — **أحكام الالتزام — الوعد حددت له مدة** : فإذا اجتمعت الأركان المتقدمة الذكر ، قام التزام الواعد ، وترتب عليه حكمه . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان الوعد قد حددت له مدة يجب إنجاز العمل المطلوب فى خلالها وما إذا لم تكن هناك مدة محددة .

فإذا كان الواعد قد حدد مدة اشترط أن يتم العمل فى خلالها ، التزم نهائياً بإرادته ، ولم يكن له حق الرجوع . فإذا انقضت هذه المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب ، انقضى التزام الواعد بانقضاء مدته ، ولو قام بعد ذلك شخص بهذا العمل . ولا يكون الواعد فى هذه الحالة مسئولا نحو هذا الشخص بمقتضى الوعد ، ولكن قد يكون مسئولا نحوه بمقتضى الإثراء بلا سبب .

أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب فى خلال المدة المحددة ، أصبح من قام بهذا العمل دائناً للواعد بالجائزة الموعودة ، سواء قام بالعمل عن رغبة فى الحصول على الجائزة أو لم تكن عنده هذه الرغبة ، بل سواء كان يعلم بالجائزة وقت قيامه بالعمل أو لم يكن يعلم

---

(١) ولا يتناول نص التقنين المدنى المصرى إلا القيام بعمل معين ، وهو فى ذلك كالتقنين المدنى الألمانى (م ٦٥٧) . أما إذا كان الوعد بجائزة موجهاً لمن يوجد فى مركز معين — كأولاد أول شهيد فى الحرب أو المولود فى يوم معين — كان ذلك إيجاباً يجب أن يقترن بالقبول وفقاً للقواعد العامة . وقد اتسع نص التقنين المدنى الإيطالى (١٩٨٩/١) لهذه الحالة ، فصارت هى والقيام بعمل معين يشملها الوعد بجائزة ، فيقول النص : « من يوجه للجمهور وعداً بجائزة لمن يوجد فى مركز معين أو يقوم بعمل معين ، يلتزم بذلك الوعد متى صار علنياً » (عبد الحى حجازى ٢ ص ٣٩٤ — ٣٩٦) .

بها[١] ، وسواء أتم العمل بعد إعلان الجائزة أو قبل إعلانها[٢] . وهذا هو الذى يجعل الالتزام بالوعد التزاماً بإرادة منفرده ، فإن الواعد يصبح ملتزماً بإعطاء الجائزة بمجرد أن يتم العمل، حتى لو كان من قام بالعمل يجهل وجود الجائزة ، أو قام به قبل إعلان الجائزة ، فلا يتصور أن يكون هناك عقد تم بينه وبين الواعد ، ولا يبقى إلا أن يكون الواعد قد التزم بإرادته المنفردة[٣] .

٩١٥ — *الوعد لم تحدد له مدة* : أما إذا لم يحدد الواعد مدة يتم العمل فى خلالها التزام الواعد رغم ذلك بالوعد الصادر منه . فإذا قام شخص بالعمل المطلوب فى مدة معقولة[٤] استحق الجائزة حتى لو لم يكن يعلم بها ، أو علم ولكنه قام بالعمل دون رغبة فيها ، لأن الواعد إنما يلتزم ، كما قدمنا ، بارادته المنفردة .

ولكن الواعد ، مادام لم يحدد مدة لوعده ، يكون له حق الرجوع فيه ، ويكون الرجوع فى الوعد بالعلانية ذاتها التى تم بها الوعد . وهنا لا تخلو الحال ، فى الفترة ما بين

---

(١) [انظر مارى ورينو جـ ٢ بند ٣٢٢ ص ٣٨٢] .

(٢) وقد أضافت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ إلى آخر الفقرة الأولى من المادة ١٦٢ عبارة « أو دون علم بها » لتشمل الفقرة « الصور التى تكون فيها جوائز يعلن عنها الجمهور عن أعمال تمت قبل أو بعد الوعد ، ولو كان الشخص القائم بالعمل قد قام به دون علم بوجود الجائزة » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥) .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « يجب التفريق بصدد هذا الوعد بين ما إذا كان الواعد قد حدد مدة لوعده ، وبين ما إذا كان قد ترك المدة دون تحديد . فى الحالة الأولى يلتزم الواعد نهائياً بمشيئته وحدها ، دون أن يكون له أن يعدل عن وعده خلال المدة المحددة . فإذا انقضت هذه المدة ولم يقم أحد بالعمل المطلوب ، تحلل الواعد من وعده ولو أنجز هذا العمل فيما بعد . أما إذا تم القيام بالعمل المطلوب قبل انتهاء المدة ، فيصبح من قام به دائناً بالجائزة من فورة ، ولو لم يصدر فى ذلك عن رغبة فى الحصول عليها ، بل ولو كان جاهلا بالوعد . وفى هذا ما ينفى عن الوعد بالجائزة صفته العقدية ، فهذه الصفة ليست فى رأى المشرع من مستلزماته » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩) .

(٤) نقول فى مدة معقولة لأن التزام الواعد ، كما سنرى ، معلق على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب فى وقت يجدى فيه القيام بهذا العمل . وإذا وقع خلاف فى تقدير المدة المعقولة فصل القاضى فى ذلك .

إعلان الوعد والرجوع فيه ، من أحد فرضين : فإما ألا يكون أحد قد أتم العمل المطلوب ، وإما أن يكون هناك من أتم هذا العمل .

فإذا لم يكن هناك أحد قد أتم العمل ، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده بعد أن رجع فيه . وهذا صحيح على إطلاقه إذا لم يكن هناك أحد قد بدأ فى تنفيذ العمل المطلوب . أما إذا كان هناك من بدأ فى تنفيذ هذا العمل ولكنه لم يتمه ، فإن له الرجوع على الواعد بتعويض عادل ، هو قيمة ما أصابه من الضرر دون مجاوزة لمقدار الجائزة ولكن لا بمقتضى الوعد الذى سقط بالرجوع فيه ، بل بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية . ويترتب على ذلك أن الرجوع على الواعد فى هذه الحالة يتقادم بالمدة التى تتقادم بها المسئولية التقصيرية ، أى بثلاث سنوات من وقت علم الدائن بالضرر الذى أصابه وبالمسئول عنه أو بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر[١] .

أما إذا كان العمل المطلوب قد تم قبل رجوع الواعد ، استحق من قام بالعمل الجائزة كاملة ، ولم يؤثر فى حقه رجوع الواعد فى وعده . ذلك أنه أتم العمل قبل الرجوع ، أى فى وقت كان الوعد فيه قائماً وكان الواعد ملتزماً ، فأصبح دائناً بالجائزة بمجرد أن قام بالعمل . ولا يؤثر فى حقه هذا أن يكون قد قام بالعمل دون نظر إلى الجائزة ، أو أن يكون قد قام به وهو لا يعلم بالجائزة أو قبل إعلان الجائزة ، ففى جميع هذه الأحوال يكون

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى: «أما فى الحالة الثانية، حيث لا يحدد أجل لأداء العمل المطلوب ، فيلتزم الواعد رغم ذلك الوعد الصادر من جانبه . ولكن يكون له أن يعدل عنه ، وفقا للأوضاع التى صدر بها ، بأن يحصل العدول علناً بطريق النشر فى الصحف أو اللاصق مثلا . ولا تخلو الحال فى الفترة التى تمضى بين إعلان الوعد والرجوع فيه من أحد فروض ثلاثة: ا) فإذا لم يكن قد بدىء فى تنفيذ العمل المطلوب ، تحلل الواعد نهائياً من نتائج وعده . ب) وإذا كان قد بدىء فى تنفيذ هذا العمل دون أن يبلغ مرحلة الإتمام ، التزم الواعد أن يرد إلى من بدأ فى هذا التنفيذ ما أنفقه ، على ألا يجاوز فى ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . ولا يعتبر الوعد الذى عدل عنه أساساً لهذا الالتزام ، بل هو يرد فى أساسه إلى أحكام المسئولية التقصيرية المقررة فى نصوص القانون . وتسقط هذه المسئولية فى حالتين : أولاهما حالة سقوط الدعوى باسترداد ما أنفق بانقضاء ستة أشهر من يوم إعلان الرجوع فى الوعد ، والثانية حالة إقامة الواعد الدليل على أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق لو أن ما بدىء =

الواعد ملتزماً بالجائزة وذلك بمقتضى إرادته المنفردة[1] .

فهناك إذن أحوال ثلاثة يكون الواعد فيها ملتزماً بالجائزة كاملة بمقتضى إرادته المنفردة (١) — إذا حدد مدة وقام الفائز بالعمل فى خلال هذه المدة . (٢) — إذا لم يحدد مدة ولم يرجع فى وعده وقام الفائز بالعمل . (٣) — إذا لم يحدد مدة ورجع فى وعده ولكن الفائز قام بالعمل قبل الرجوع . وفى الحالتين الأوليين يتقادم التزام الواعد بخمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة ، لأنه التزام إرادى ولم يرد فى تقادمه نص خاص . وفى الحالة الثالثة يسقط التزام الواعد إذا لم ترفع دعوى المطالبة بالجائزة فى خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٦٢ وقد تقدم ذكرها . والظاهر أن هذه المدة الأخيرة هى مدة إسقاط (déchéance) لا مدة تقادم (prescription) ، فلا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع . والسبب فى قصر المدة فى الحالة الثالثة ، وفى جعلها مدة إسقاط لا مدة تقادم ، هو — كما جاء فى تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ — قطع السبيل على كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بجائزة بعد إعلان العدول ،

= فى تنفيذه قد تم ، إذ تنعدم فى هذه الحالة رابطة السببية بين الضرر الذى أصاب من تحمل النفقات ورجوع الواعد فى وعده . وكذلك يكون الشأن فى حالة البدء فى تنفيذ العمل المطلوب قبل إعلان العدول وإتمامه بعد هذا العدول . ج) ... ... » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٩ — ص ٣٤٠) .

ويلاحظ أن المشروع التمهيدى (م ٢٢٩ فقرة ٣) كان ينص على ما يأتى : « أما إذا كان هناك من بدأ فى العمل بحسن نية قبل إعلان الرجوع فى الوعد ، فإن الواعد ، ما لم يثبت أن النجاح المنشود لم يكن ليتحقق ، يلتزم أن يرد إليه ما صرف على ألا يجاوز فى ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . وتسقط الدعوى باسترداد ما صرف بانقضاء ستة شهور من يوم إعلان الرجوع فى الوعد » . وهذا يفسر ما ورد فى المذكرة الإيضاحية فى هذا الشأن . وقد عدلت لجنة المراجعة هذا النص ، كما قدمنا ، على الوجه الآتى : « فإذا كان قد بدأ العمل دون أن يتمه ، جاز الحكم له بتعويض عادل ، لا يجاوز فى أى حال قيمة الجائزة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٣٨ و ص ٣٤١) .

(١) أنظر فى هذا المعنى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٠) وجاء فى المذكرة ذاتها ختاماً لهذا الموضوع ما يأتى :

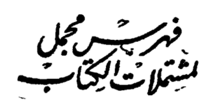
« وليس يبقى بعد هذا سوى بعض مسائل تفصيلية عرضت لها التقنينات الأجنبية بأحكام تشريعية خاصة ، وأغفل المشروع ذكرها ، مكتفياً فى شأنها بتطبيق القواعد العامة . فالمادة ٦٥٩ من التقنين الألمانى تنص على أنه « إذا نفذ العمل الذى بذلت الجائزة من أجله أكثر من شخص واحد ، كانت الجائزة للأسبق =

وحسم المنازعات التي تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة ، وصعوبة الإثبات[1] .

ويمكن القول ، من ناحية التكييف القانونى ، إن الواعد بالجائزة رتب فى ذمته التزاماً بإرادته المنفردة — من وقت توجيه هذه الإرادة إلى الجمهور — لدائن غير معين أن يعطيه الجائزة إذا هو قام بالعمل المطلوب . فيكون الالتزام معلقاً على شرط واقف هو قيام شخص بالعمل المطلوب فى المدة المعينة أو فى مدة معقولة . فإذا تحقق الشرط أصبح الالتزام حالا ، ولا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة من وقت تحقق الشرط ، وهذا فى غير الحالة الثالثة التى ورد فيها نص خاص جعل مدة التقادم ستة أشهر .

= فإذا تعدد المنفذون فى وقت واحد ، كانت الجائزة سوية بينهم » (أنظر أيضاً المادة ١٧ من كل من التقنينين التونسى والمراكشى) وكذلك تنص المادة ٦٦٠ من التقنين الألمانى على أنه « إذا تعاون عدة أشخاص فى تحقيق النتيجة التى بذلت الجائزة من أجلها ، وجب على الواعد أن يقسم الجائزة بينهم على أساس تقدير عادل ، قوامه ما يكون لكل منهم من نصيب فى تحقيق هذه النتيجة » . ويقضى التقنين البولونى فى المادة ١٠٦ ببطلان « الوعد الموجه إلى الجمهور بمنح جائزة لأفضل عمل يقدم فى مسابقة ، إذا لم يحدد الإعلان ميعاداً للتقدم فى هذه المسابقة . ويكون للواعد الحق فى تقرير ما إذا كان هناك محل لمنح الجائزة ، ولأى عمل تمنح ، إلا إذا كان قد بين فى إعلانه طريقاً آخر للفصل فى نتيجة المسابقة . « ولا يكسب الواعد ملكية العمل الذى استحق الجائزة ، أو حقوق منشئة فيه ، إلا إذا قد احتفظ لنفسه بهذا الحق فى الإعلان » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٠ — ص ٣٤١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٤٧ .



كلمة افتتاحية

مقدمة : نظرة فى التقنين المدنى الجديد

صفحة

الكتاب الأول

من التقنين المدنى الجديد

الالتزامات بوجه عام

مصادر الالتزام

الباب الأول

العقد

الفصل الاول — أركان العقد

صفحة

صفحة

الفصل الثانى — آثار العقد

صفحة

الفصل الثالث — زوال العقد

الباب الثانى

العمل غير المشروع

(المسئولية التقصيرية)

الفصل الأول — المسئولية عن الأعمال الشخصية

صفحة

صفحة

صفحة

الفصل الثانى — المسئولية عن عمل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء

صفحة

الباب الثالث

الإثراء بلا سبب

الفصل الأول — القاعدة العامة : الإثراء بلا سبب

صفحة

الفصل الثانى — دفع غير المستحق والفضالة

صفحة

صفحة

الفصل الرابع — القانون

ما ظهر من أجزاء الوسيط
وما هو تحت الإعداد

الأجزاء التي ظهرت

الجزء الأول — فى مصادر الالتزام الطبعة الأولى سنة ١٩٥٢ .
الطبعة الثانية سنة ١٩٦٤ .

الجزء الثانى — فى الإثبات وآثار الالتزام سنة ١٩٥٦ .

الجزء الثالث — فى أوصاف الالتزام وحوالته وانقضائه سنة ١٩٥٨ .

الجزء الرابع — فى البيع والمقايضة سنة ١٩٦٠ .

الجزء الخامس — فى العقود الأخرى الواردة على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح سنة ١٩٦٢ .

الجزء السادس (مجلدان) — فى العقود الواردة على المنفعة (الإيجار والعارية) سنة ١٩٦٤ .

الجزء السابع (مجلدان) — المجلد الأول فى العقود الواردة على العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة) سنة ١٩٦٤ .

المجلد الثانى فى عقود الغرر (عقد التأمين ـ المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة) سنة ١٩٦٤ .

الأجزاء التي تحت الإعداد

الجزء الثامن — فى الملكية والحقوق العينية الأصلية الأخرى .

الجزء التاسع — فى أسباب كسب الملكية .

الجزء العاشر — فى التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة والرهن الرسمى وحق الاختصاص ورهن الحيازه وحقوق الامتياز) .

تحت الإعداد

الوجيز

الجزء الأول — فى النظرية العامة للالتزام (يشتمل على الأجزاء الأول والثانى والثالث من الوسيط).

الجزء الثانى — فى العقود المسماة (يشتمل على الأجزاء الرابع والخامس والسادس والسابع من الوسيط).

الجزء الثالث — فى الحقوق العينية والتأمينات (يشتمل على الأجزاء الثامن والتاسع والعاشر من الوسيط).

للمؤلف

(أولا) كتب

١ — القيود التعاقدية الواردة على حرية العمل ـ المعيار المرن والقاعدة الجامدة فى القانون (بالفرنسية) سنة ١٩٢٥ .

٢ — الخلافة الإسلامية وتطورها لتصحيح هيئة أمم شرقية (بالفرنسية) سنة ١٩٢٦ .

٣ — عقد الايجار سنة ١٩٣٠ .

٤ — نظرية العقد سنة ١٩٣٤ .

٥ — الموجز فى النظرية العامة للالتزامات سنة ١٩٣٨ .

٦ — أصول القانون (بالاشتراك مع الأستاذ أحمد حشمت أبو ستيت) سنة ١٩٣٨ .

٧ — التصرف القانونى والواقعة المادية (دروس لقسم الدكتوراه) سنة ١٩٥٤ .

٨ — مصادر الحق فى الفقه الاسلامى (مقارنة بالفقه الغربى) :

الجزء الأول — مقدمة — صيغة العقد فى الفقه الاسلامى سنة ١٩٥٤ .

الجزء الثانى — مجلس العقد وصحة التراضى (والغلط والتدليس والاكراه والغبن) فى الفقه الاسلامى سنة ١٩٥٥ .

الجزء الثالث — محل العقد فى الفقه الاسلامى سنة ١٩٥٦ .

الجزء الرابع — نظرية السبب ونظرية البطلان فى الفقه الاسلامى سنة ١٩٥٧ .

الجزء الخامس — آثار العقد بالنسبة إلى الأشخاص فى الفقه الاسلامى .
(الخلف العام والخلف الخاص والدعوى البوليصية والإعسار والتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحة الغير والنيابة فى التعاقد فى الفقه الإسلامى) سنة ١٩٥٨

الجزء السادس — آثار العقد بالنسبة إلى الموضوع فى الفقه الإسلامى .
(تفسير العقد وتنفيذه وفسخ العقد للعذر أو لحوادث طارئة

والمسئولية العقدية والفسخ والدفع بعدم التنفيذ والإقالة فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٩ .

٩ — الوسيط فى شرح القانون المدنى (ظهر منه أجزاء سبعة ـ أنظر آنفاً) .

* * *

(ثانياً) بحوث ومقالات

١ — الشريعة الإسلامية كمصدر للتشريع المصرى . (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة لامبير) .

٢ — المعيار فى القانون . (بحث بالفرنسية أدرج فى مجموعة چنى) .

٣ — المسئولية التقصيرية (بالاشتراك مع الأستاذ حلمى بهجت بدوى) (بحث بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٢) .

٤ — المسئولية التقصيرية فى الشريعة الإسلامية . بحث بالفرنسية قدم إلى مؤتمر القانون المقارن بلاهاى سنة ١٩٣٧ .

٥ — الشريعة الإسلامية أمام مؤتمر القانون المقارن بلاهاى . (بحث بالفرنسية نشر بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٧) .

٦ — الامتيازات الأجنبية . (بحث نشر فى سنة ١٩٣٠) .

٧ — تنقيح القانون المدنى . (بحث نشر فى الكتاب الذهبى للمحاكم الوطنية — فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٣٣) .

٨ — من مجلة الأحكام العدلية إلى القانون المدنى العراقى . (بحث نشر فى مجلة القضاء ببغداد سنة ١٩٣٦) .

٩ — عقد البيع فى مشروع القانون المدنى العراقى . (نشر فى بغداد سنة ١٩٣٦) .

١٠ — مقارنة المجلة بالقانون المدنى . (بحوث ألقيت فى كلية الحقوق ببغداد سنة ١٩٣٦) .

١١ — المفاوضات فى المسألة المصرية . (بحث نشر فى سنة ١٩٤٧) .

١٢ — الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية . (بحث نشر فى العدد الأول من مجلة مجلس الدولة سنة ١٩٥١) .


Bibliotheca Alexandrina
05666935